مجلة الحقوق

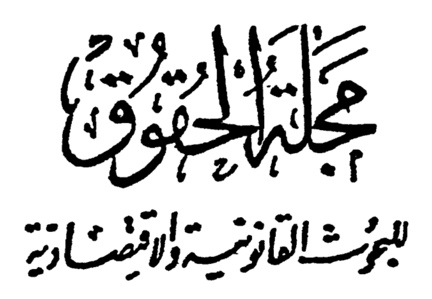
للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية



العدد الاول ــــ ٢٠٠٠



مجلة محكّمة تُصدرها كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية

رؤساء التحرير السابقون

أ.د. زكى عبد المتعال مؤسس المجلة	١٩٤٢ - ١٩٤٥
أ.د. عبد المعطى الخيال	١٩٤٥ - ١٩٤٦
أ.د. السعيد مصطفى السعيد	١٩٤٦ - ١٩٤٩
أ.د. حسن أحمد بغدادى	١٩٤٩ - ١٩٥٢
أ.د. حسين فهمى	١٩٥٢ - ١٩٥٩
أ.د. أنور سلطان	١٩٥٩ - ١٩٦٤
أ.د. على صادق أبو هيف	١٩٦٤ - ١٩٦٦
أ.د. أحمد شمس الوكيل	١٩٦٦ - ١٩٦٨
أ.د. حسن حسن كيره	١٩٦٨ - ١٩٧١
أ.د. مصطفى كمال طه	١٩٧١ - ١٩٧٤
أ.د. على محمد البارودى	١٩٧٤ - ١٩٧٧
أ.د. محسن خليل	١٩٧٧ - ١٩٧٩
أ.د. توفيق فرج	١٩٧٩ - ١٩٨٢
أ.د. جلال ثروت محمد	١٩٨٢ - ١٩٨٥
أ.د. جلال على العدوى	١٩٨٥ - ١٩٨٨
أ.د. مصطفى الجمال	١٩٨٨ - ١٩٩١
أ.د. محمد زكى أبو عامر	١٩٩٢ - ١٩٩٣
أ.د. محمد السعيد الدقاق	

المحتويات

الصفحة

الغـرامـة التهديـديــة
كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية
فى القانون الفرنسى

مع دراسة للإصلاح القضائى الجديد بالإعتراف للقاضى الإدارى
بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لتنفيذ أحكامه

دكتــور

محمد باهــى أبو يونس

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

٢٠٠٠


بسم الله الرحمن الرحيم

مشكلة تنفيذ الأحكام الإدارية :

١ – لئن كانت الإدارة ملزمة ، بمقتضى ما للأحكام الإدارية من حجية ، بتنفيذها ، إلا أنها غالبا ما تتجاهل هذا الإلتزام تجاهلا تتبسط على نطاق الواقـع مظاهره : من عدم اكتراث بالحكم وامتناع صريح عن تنفيذه [١]، أو قبوله قبولا تردفه بإجراء معاكس يفقده اثره ، كأن تعيد موظفا ألغى قضائيا قرار فصلـــه ، ثم تعقب ذلك بإلغاء وظيفته تخلصا منه [٢]، أو تلجأ الى البرلمان تستحثه علـــى إصدار قانون يصحح قرارا حكم بعدم مشروعيته [٣] ، أو توهـــم بأنـــها تتخـذ الخطوات اللازمة للتنفيذ ، ويطول الأمر بين اجراءات مكتبية عقيمة ومعقـــدة ، يفقد بطولها الحكم كل أثره ، وتضيع الفائدة المرجوة منه[٤] ، وقد حــــدث فـــى فرنسا أن استغرقت الإجراءات التى اتخذتها الإدارة لتنفيذ أحد أحكـــام مجلـــس الدولة أكثـــر من ثمانية عشـــر عاما (من ٢١ ينـــاير ١٩٤٤حتـــى ٢ مـــايو ١٩٦٢)[٥] ، وقد تتذرع بعدم توافر الإعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ الحكــــم . أو تلعب على حبائل الإجراءات القضائية فتتخذ منها سبيلا لإعاقة التنفيذ ، كـأن تقدم اشكالا فى تنفيذ الحكم الإدارى أمام القضاء العادى ، وهـــو جهـــة غـــير مختصة على اعتبار أن الإختصاص بنظر إشكالات التنفيذ فى الأحكام الإداريـــة

---

(١) CHAPUS (R.) : droit du contentieux administratif. Paris Montchrestien. 6e edition. 1996. P. 898.

(٢) أ.د. سليمان الطماوى : القضاء الإدارى . قضاء الإلغاء . القاهرة . دار الفكـــر العربى . ١٩٨٦. ص ١٠٧٤.

(٣) MATHIEU (B.): la constitutionnelite des validations legislatives. R.F.D. Ad. 1989. P. 862.

(٤) أ.د. محمود سامى جمال الدين : القضاء الإدارى فى دولة الكويت . دون ذكـــر للناشر . ١٩٩٨ . ص ٣٨٧ – ٣٨٨ .

(٥) RIVERO (J.) et WALINE (J.): droit administratif. Paris. Dalloz. 14e edition. 1994. P. 200.

ينعقد للمحكمة الإدارية التى أصدرته ، وذلك رغبة فى المطل وإعاقة التنفيذ ، وهو أسلوب درجت الإدارة على اتباعه فى مصر لاسيما فى المنازعات الإدارية ذات الطابع السياسى [١] .

إن تلك المثالب تدفع إلى تساؤل جد هام : ألا من سبيل لإجبار الإدارة على التنفيذ ؟ . لايمكن لمنصف أن ينكر وجود هذه السبل . ولكن المنكور حقا فاعليتها فى تحقيق هذا الغرض . فالمشكلة رغم وجودها لازالت قائمة ، قد تخبو أحيانا . ولكن أبدا لاتنعدم ، وقد تغيض حينا . ولكن لاتختفى ، تتفاوت تزايدا ونقصانها تبعا لرؤى الإدارة والإتجاهات السياسية الغالبة ، تمثل مظهرا لمبارزة دائرة الرحى بين الإدارة والقضاء الإدارى . وهذا يدعونا للأسف إلى القول بأن الإدارة لازالت تتمتع بنطاق من الحرية فى هذا المجال على الأقل فى اختيار الوقت المناسب للتنفيذ ، رغم أن سلطتها فى هذا الشأن اتفاقا مقيدة [٢] .

وتعاضد عدم فاعلية تلك الوسائل فى إحداث هذا الأثر السيئ طائفة من الأسباب تفرقت فى تنوعها ، إن كانت قد جمعتها غاية واحدة ، لاينكر نبل الإعتبارات التى قامت عليها حين قامت ، إلا أنها كانت وراء نكوص الإدارة غير المبرر عن التنفيذ . فقد توارت خلفها محاولاتها للنيل من حجية الأحكام ، ففاقت سلبية آثارها إيجابياتها ، وتجلى ذلك فى وقوفها عقبة كأداء حالت دون إكراهها على الإمتثال لأحكام القضاء ، واتخذت ذريعة مثل بقاؤها صدعا كبيرا فى صرح سيادة القانون ، وسياجا واقيا لامتياز مستتر بإهدار حجية الأحكام .

نسوقها جميعا بشئ من التفصيل باعتبارها مقدمة ، وسببا مباشرا لظهور فكرة الغرامة التهديدية ضد الإدارة ، وعاملا هاما كان مسئولا عن هذا التحول الإجرائى البالغ الأثر الذى حدث لأول مرة فى تاريخ القضاء الإدارى الفرنسى .

---

(١) انظر : حمدى ياسين عكاشة : الأحكام الإدارية فى قضاء مجلس الدولة . اسكندرية . منشأة المعارف . ١٩٩٧ . ص : ٤٨٩ .

(٢) DIQUAL (L.) : la competence liée. Thése. Paris. L.G.D.J. 1964. P. 340.

أولا : الإدارة تحوز القوة اللازمة لتنفيذ الأحكام :

٢ - إن واقعات التنفيذ ومنازعاته يثبتان بأن الحجية وحدها لاتكفى لإعماله ، وإنما لابد من قوة تساندها ، قوة رادعة يخشاها من لم يمتثل طوعا ، فيذعن للحكم ، ويسلم به تسليما ، زاجرة لغيره تمنعه أن يتأبى على ماقد يصدر فى مواجهته من أحكام . وإذا كان القاضى لايصنع القانون ، وإنما دوره أن يطبقه ، فإنه لايستطيع ذلك إلا بعون من الإدارة وسلطاتها باعتبارها حائزة للقوة العامة التى بها تكفل احترام الأحكام (١) .

والفقه فى تسليمه بأن تلك القوة هى عون الحجية على أداء رسالتها ، يرى أنها العقبة التى تحول دون تنفيذ الحكم الإدارى : إذ كيف يمكن تصور أن الإدارة وهى حائزة لتلك القوة تستخدمها ضد نفسها إذا قصرت فى التنفيذ ؟. وهل يمكن الإستعانة برجال البوليس ، وهم من عمال الإدارة ، لفرض تنفيذ الحكم على الإدارة ذاتها ؟ (٢) . بل إن البعض يفسر إحجام القاضى عن توجيه أوامر تنفيذية للإدارة بأنه يقصد بذلك أن يتجنب عصيانها لتلك الأوامر مما يفقده مكانته وهيبته على اعتبار أنه لايملك القوة التى تؤازره عليها ، وإنما على العكس هى التى تحوز هذه القوة على نحو يمكّنها من الحيلولة دون تنفيذ أحكامه ، وتعطيل أوامره (٣) .

ويبدو أن هذا كان مدعاة لما ارتآه البعض من أن الحكم المدنى أو الجنائى أفضل حالا فى التنفيذ من الحكم الإدارى على اعتبار أن الإدارة ليست لها فى أى منهما صفة الخصم ، وإنما هى حارسة لتنفيذهما ؛ ولذا تؤازر بقواتها هذا التنفيذ ، فى حين أنها على خلاف ذلك بالنسبة للحكم الإدارى ، لها

---

(١) DELVOLVE (P.) : L'éxécution des décisions de justice contre L'administration. E.D.C.E. 1983-1984. P. 111.

(٢) AUBY (J.M.) et DRAGO (R.): Contentieux administratif. Paris. L.G.D.J. 1984. No: 1324.

(٣) DRAN (M.) : le contrôl juridictionnel et la granatié des libértes publique. Thése. Paris. L.G.D.J. 1966. P. 485.

وصف الخصم ، ولذا حال أن يكون الحكم ضدها يصعب أن تستعين بقوتها ضد نفسها (١) .

وتجلية لذلك يقول البعض إن ... القوة بوجه عام بجانب القاضى ... فحينما القاضى المدنى يفصل فى دعوى تطليق مثلا أو أخرى بين مالك ومستأجر، فإن البوليس يأخذ على عاتقه تنفيذ هذا الحكم ... والشئ ذاته حين يحكم القاضى الجنائى على شخص بالسجن ، فإن البوليس هنا هو الذى يتولى تلك المهمة . ولكن الأمر يختلف بالنسبة للقضاء الإدارى ، فالقاضى لايتمتع بقوة عامة بجانبه ، كما أنه لايملك وسائل يفرض من خلالها على الإدارة تنفيذ أحكامه بالقوة . وإنما على العكس الإدارة هى التى تحوز هذه القوة . فكيف اذن تستخدمها ضد نفسها ؟ ... وإن سقنا مثلا على ذلك يكفى أن ندلل بأنه لطرد شخص من عين اغتصبها فإننا نستعين على ذلك برجال البوليس • ولكن ماذا نفعل لطرد البوليس ذاته من عين استولى عليها بغير حق ؟! . وتبلغ المشكلة ذروتها حين يكون رفض التنفيذ صادرا من الحكومة ذاتها حالئذ هل يمكن الإستعانة برجال الجيش أو البوليس لإجبارها عليه .. ! (٢) .

وهذا القول رغم مايستند اليه من منطق إلا أنه قد آن الأوان لأن يأفل ، ويتوارى مذهبه . فبقدر مايستقر على جانب من المنطق بقدر ما ينازعه جانب آخر منه ! وإلا فكيف نفسر مثول الإدارة أمام القاضى العادى ، ويحكم عليها لاسيما فى حالة غصب السلطة Voie de fait بذات مايحكم به على الأفراد العاديين ، وتنفذ طائعة هذه الأحكام على نفسها رغم أنها فى ذات الآن بعصمتها القوة اللازمة للتنفيذ • ولم يقل أحد بأن تلك الحجة حالت دون اكراهها

---

(١) DE LUBADERE (A.) et autres : Traité de droit administratif. Paris. L.G.D.J. 1992. T. 1. P. 398.

(٢) BRAIBAN(G.)et STRIN (B.) : le droit administratif Français. Paris. Press de Sciences PO et Dalloz. 4^e^ edition. Maise á jour. 1997. P. 544.

عليه [١]. بل وأكثر من ذلك ، القاضى العادى بمقتضى قانون ١٩٧٩ صارت له سلطة واسعة فى توجيه أوامر تنفيذية إلى الإدارة بقصد إجبارها على تنفيذ أحكامه فى مواجهتها ، والحكم عليها بغرامة تهديدية Astreinte عن كل يوم تتأخر فيه عن التنفيذ [٢] ، ولم تحل حيازتها للقوة العامة دون فاعلية هذه الوسيلة ، بل ولم تتذرع هى بقوتها لتحول دون تنفيذ حكمه المقترن بها ! . فلما أذن فى شأن الأحكام الإدارية يعتصم الفقه بتلك الحجة للقول بعدم إمكانية إجبارها على تنفيذها ؟! .

وبفرض سلامة الرأى من تلك الشائبة ، فإنه يعنى أنه لاوجود له إلا فى دولة بوليسية تستعين فيها الإدارة بامتيازاتها لتعطل أحكام القانون ، أو تخرق بسلطتها مبدأ فصل السلطات ، أو تعلو بقوتها على سيادة القانون . ثم ماذا بقى لاستقلال القضاء من موجبات إذا كانت الإدارة بزعم أنها تحوز السلطة تعطل أحكامه التى تعد سرعة تنفيذها واحترامها أولى مقتضيات هذا المبدأ [٣] . ربما يكون هذا الرأى مقبولا ، ولكن فى وقت تطوى الإدارة فيه كل السلطات تحت جناحيها ، أما فى ظل الدولة القانونية فلا محل لإعماله .

هذه على أية حال رؤى يزكيها البعض بقوله أنه ... لاقيام للدولة القانونية إلا بإعلاء مبدأ خضوع الدولة للقانون ، وسيادة مبدأ الشرعية ، ولاقيمة لهذا المبدأ الأخير مالم يقترن بمبدأ تقديس واحترام أحكام القضاء ووجوب تنفيذها . فلا حماية قضائية إلا بتمام تنفيذ الأحكام الصادرة من السلطة القضائية ، ولا قيمة للقانون بغير تنفيذ مقتضاه [٤] .

---

(١) T.C. 17 juin 1948. Manefecture de velours et peluchers Rec. p. 513. R.D.P. 1948. P. 581. Note: Waline.

(٢) LE BERRE (M.) : les pouvoies d'injonction et d'astreinte du juge juidiciaire á L'egard de l'administration. A.J. 1979. P. 14.

(٣) ROBERT(J.): l' independence du juge. R.D.P. 1988. p. 3.

(٤) حمدى ياسين عكاشة : المرجع السابق . ص : ٣٠١ .

ثانيا : حظر اتباع طرق التنفيذ العادية ضد الإدارة :

٣ - يكشف هذا المبدأ عن التباين الواضح بين مركـز الإدارة ومركـز الأفراد فى نطاق الإجبار على تنفيذ مارفض تنفيذه من الأحكام اختيارا . فـالفرد إذا ابى التنفيذ طوعا لزمه كرها اتباعا لطرق معهودة فى القانون الخاص يطلـق عليها طرق التنفيذ التى تتضمن الحجز بمختلف أنواعه سواء كان حجزا تحفظيا Saisie conservatoire ، أو تنفيذيـا Saisie exécutoire سواء كان حجزا عقاريـا Saisie immobiliere ، أو حجزا على منقول Saisie exécution أو حجزا على ما للمدين لدى الغير Saisie arrêt [١] .

خلافا لذلك لاتتبع هذه الطرق فى مواجهة الإدارة حتـى ولـو رفضـت التنفيذ الإرادى تطبيقا للمبدأ الذى يحظر استخدام هذه الطرق فـى مواجهتـها . هذا المبدأ الذى استقر اعماله فى فرنسا بمقتضى قـانون ١٦ - ٢٤ أغسـطس ١٧٩٠ ، وللمادتين ٨ ، ٩ من قانون ٢٢ نوفمبر - أول ديسمبر ١٧٩٠ ، وكان مما جاء فيهما أن الأموال العامة ، وما يتصل بها ، لاتمثل ضمانا للدائنيـن ، ولذا لايمكن الحجز عليها أيا كان نوعه [٢] .

ويتسم المبدأ من ناحية تطبيقه على الإدارة بالعمومية من نواح ثـلاث : العمومية الإجرائية بما مفاده جريان سريانه على كافة الأحكام الصـادرة فـى مواجهة الإدارة ماصدر منها عن القضاء العادى أو الإدارى . إذ العبرة ليسـت بالجهة مصدرة الحكم ، وإنما بصفة الجهة التى صدر ضدها [٣]. هذا إلى أنـه

---

(١) DEBEAURAIN (J.) : voies d'exécution. Paris. Liberairie de l'uniuersité d'Aix – en – provence et presses universitaires d'Aix-Marseille. 1995. P. 26.

(٢) DUGRIP (O) : Exécution des décisions de la juridiction administratives. Réportoire de contentieux administratif. Dalloz .Misé á jour 1993. T. I. p. 18.

(٣) SOUBELET (P.) : Léxecution des décisions du juge administratif. R. Ad. 1990. P. 241.

لايقتصر على طريق معين من طرق التنفيذ العادية سالفة البيان ، وإنما يسرى الحظر عليها جميعا [١] .

ويتصف من جهة ثانية بالعمومية بمعنى أنه ينطبق على جميع أشخاص القانون العام ، كما يسرى حتى على المؤسسات العامة التجارية أو الصناعية [٢] أما عن عموميته الموضوعية فإنه يرد على جميع أموال الأشخاص العامة – أو الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام- سواء كانت أموالا عامة أم خاصة [٣] ، [٤] .

وإذا كان هذا المبدأ بعمومية سريانه يمثل حائلا دون إجبار الإدارة على

---

(١) ويجوز التنويه إلى أنه بالنسبة لحجز ما للمدين لدى الغير يفرق فى خضوعه لمبدأ الحظر بين : حجز ما للإدارة لدى الغير ، وحجز ما للغير لدى الإدارة . فالمحظور اعمالا للحكمة من الحظر هو حظر ما للإدارة لدى الغير باعتبار ذلك من الأموال العامة ، أما حجز ما للغير لدى الإدارة فإنه يخرج عن نطاق هذا الحظر شريطة ألا يكون هذا الغير من الأشخاص العامة ، وذلك لأنه يفقد صفة المال المملوك للدولة ، وتنتفى فيه تبعا لذلك الحكمة من اعمال الحظر .
انظر : د. حسنى عبدالواحد : مبدأ حظر طرق التنفيذ العادية ضد الإدارة . مجلة المحاماة . العددان السابع والثامن . سبتمبر واكتوبر ١٩٨٦ . السنة السادسة والستون . ص : ٩٥ .

(٢) Cass. Civ, 21décembre 1987. BRGM c/ Sté anonyme lyon continental. R.F.D. Ad. 1988 . p. 771. Concl: charbonnier note: Pacteau.

(٣) CAUDEMET (Y) : la saisie des biens des établissements publics: nouveaux développements de la question . G.P. 1984-2- P. 565.

(٤) وهذا على خلاف الوضع فى مصر اذ تخرج الأموال الخاصة للدولة من نطاق الحظر ، فيجوز التنفيذ عليها جبرا باعتبار أن تخصيصها أفقدها وصف العمومية التى تحول دون التنفيذ أو الحجز عليها ، استنادا فى هذا الشأن إلى المادة ٢/٨٧ مدنى التى لاتجيز الحجز إلا على الأموال العامة فحسب ، مما يعنى بمفهوم المخالفة جواز الحجز على أموال الأشخاص العامة الخاصة شأنها فى ذلك شأن الأموال المملوكة لأشخاص القانون الخاص .
د. حسنى عبدالواحد : المرجع السابق . ص : ٩٨ .

تنفيذ مايصدر فى مواجهتها من أحكام ، فإن مبررات اعماله لاتفلح للذود عنه على الأقل من المنظور القانونى ، فالفقه يقدم له مبررات أربعة : أولها أن الدولة أو الأشخاص العامة ذمتها المالية عامرة Solvabité مما لاتعن معه الحاجة لاتخاذ هذه الطرق ضدها . إذ أن مالديها من مال يكون كافيا لتنفيذ مايصدر ضدها من أحكام مالية (1) . وهذا المبرر لايستعصى على الرد ، ذلك أنه إذا كانت الأشخاص العامة حقا لها من اليسار الدائم مافيه الغناء عن الإلتجاء إلى طرق التنفيذ العادية فى مواجهتها ، فلما تتعلل كثيرا فى الإمتناع عن التنفيذ بعدم وجود الإعتمادات المالية اللازمة لإجرائه ؟! . هذا إلى أن تلك الطرق لايكون مبعث اتخاذها عسر المدين أو يسره ، وإنما يكون سببه العجز أو الإمتناع عن الوفاء ، ولذا فإن يسار المدين ، وكما يقول البعض ، لايحول دون اتخاذها ضده . ولايمكن الرد على ذلك بأن الثقة فى الدولة أو الأشخاص العامة تحول دون اتباع تلك الطرق ، لأنها لاتتخذ إلا إذا امتنعت عن الوفاء . حالئذ تكون هى التى أخلت بهذه الثقة ، ويكون هذا مدعاة لاتخاذها فى مواجهتها (2) .

يقول الكاتبون أيضا تبريرا للحظر : أن الأشخاص العامة تستهدف بما تقوم به من أعمال المصلحة العامة ، ولذا فإن مايوجد لديها من أموال يكون مخصصا لخدمة هذا الغرض . ولايعقل والحال كذلك التنفيذ عليها لمصلحة المحكوم له ، وإلا لكان هذا معناه تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة أو تعطيل الصالح العام لحساب المصالح الخاصة (3) . وتلك أيضا حجة واهية ، لأن المصلحة العامة إذا كانت تأبى تغليب الصالح الخاص عليها ، فإنها تتأذى وبذات القدر من اخلال الإدارة بالتزاماتها القانونية وخرقها لأحكام القضاء التى تنفيذها يعد مفترضا أوليا لاستقرار الصالح العام ذاته . والحق أننا

---

(1) DUGRIP (O.) : op. cit. p. 18.

(2) د. حسنى عبدالواحد : المرجع السابق . ص ٩٨ .

(3) انظر : أ.د. محمد فؤاد عبدالباسط : القانون الإدارى . اسكندرية . دار الفكر العربى . ١٩٩٨ . ص ٣٥٨ ـ ٣٥٩.

هنا لانغلب مصلحة خاصة على أخرى عامة ، وإنما نوازن بين مصلحتين عامتين : مصلحة عامة تستهدفها الأشخاص العامة باعمالها ، ومصلحة عامة تتمثل فى احترام أحكام القضاء . إذن هنا لامحل لمصلحة المحكوم له ، وإنما هى مصلحة الدولة ذاتها فى أن يقال أنها تحترم قضاءها من أن يقال أنها تهدره بحجة أنها تحمى الصالح العام (١) . إذن النظرة الفاحصة للمسألة تكشف عن أن التنازع لايقوم هنا بين مصلحة عامة وأخرى خاصة ، وإنما يوازن بين مصلحة عامة وأخرى لاتقل عنها عمومية . والمفاضلة تقضى إلى تغليب الثانية، لأنها تعبر عن سيادة القانون وجوهر الشرعية . ولو شئنا أن نستعير هنا عبارة للمحكمة الإدارية العليا ، وردت فى غير هذا المقام . ولكنها مما يصح به الإستدلال فى اجراء تلك المقارنة ، إذ تقول ... لايكفى للقول بأن القرار الإدارى غير مشروع أن يكون قد جانب غايات الصالح العام التى يحددها القانون ، وإنما يكون كذلك غير مشروع اذا استند الى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهرا ومؤكدا أنها أدنى فى أولويات الرعاية من غايات وصوالح قومية أسمى وأجدر بالرعاية ...) . لامرية اذن فى أن احترام الأحكام مصلحة اقوى وأجدر بالرعاية من المصلحة العامة التى يبتغيها مبدأ الحظر لاسيما وأنه أيضا سوف يؤدى إلى رسوخ ثقة المتعاملين مع الدولة ، وضمان حقوقهم قبلها خاصة بعد توسعها فى الدخول فى الأنشطة التجارية والصناعية . الأمر الذى يشجع الأفراد على التعامل معها ، وتلك مصلحة عامة لاتدانيها فى القيمة مصلحة أخرى .

---

(١) لعل هذا المعنى هو الذى امتثل فى خاطر تشرشل رئيس وزراء بريطانيا الأسبق حين رفض بحزم عدم تنفيذ حكم قضائى بإزالة مطار حربى أقيم بجوار إحدى المحاكم البريطانية حال صخبه دون تمكن قضاة المحكمة من الفصل فى الدعاوى المطروحة عليهم ، مما أفضى إلى صدور حكم بإزالته . وعلى الرغم من أن ظروف الحرب حالئذ استلزمت اقامته إلا أن الرجل لم يتردد فى قبول حكم القضاء والأمر بتنفيذه بإزالة المطار قائلا : أكرم لنا أن يقول العالم أن بريطانيا قد خسرت الحرب من أن يقول أنها لم تحترم أحكام القضاء .

وأخيرا يقال أن هناك وسائل خاصة لإكراه الأشخاص العامة على التنفيذ لاتعن معها الحاجة إلى اتباع طرق التنفيذ العادية كالتظلم أو الشكوى إلى السلطات الرئاسية للجهة المختصة بالتنفيذ . وهذا المبرر - فى رأينا - يحمل فى ذاته اسباب هدمه ؛ لأن معناه أن الإدارة فى شأن التنفيذ تكون خصما وحكما فى آن واحد ، وذاك أمر أظهر من أن ندلل على قدر خطورته ، ومدى عدم فاعليته . ثم ما الذى يحول دون اعتساف الجهة الرئاسية فى الفصل فى الشكوى فلا تعبأ بها ؟ ، وماذا عساه أن يفعل المحكوم لصالحه إذا لم تلق له بالا ، وماذا لو كان عدم التنفيذ بأمر من الجهة الرئاسية ذاتها ؟ . وهذا غالبا مايكون . والأدهى لو تواصلت حلقات السلسلة الإجرائية وكان عدم التنفيذ راجعا لأوامر رئاسية أعلى ، وتمتد الإجراءات صعودا ، وتستغرق سنينا عددا تضيع لطولها الغاية من الحكم ، فيكون مثل المحكوم لصالحه تماما كمثل المستجير من الرمضاء بالنار. ولعل هذا جميعه مادعا المستشار Costa إلى القول بأن هذا الحظر يمثل حجرة عثرة ، وحائلا لامبرر مقبول له ، دون تنفيذ الأحكام الإدارية (١) .

ثالثا : الحظر على القاضى الإدارى توجيه أوامر إلى الإدارة :

٤ - على نحو مايجرى به حديث الفقهاء يحكم القاضى فى علاقته بالإدارة اصل إجرائى مؤداه أن القاضى يقضى ولايدير . ويقولون فى حقيقة نشأته أنه محض تطبيق لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية (٢) . ولذا نراهم يرتبون عليه حظرين المعنى بهما القاضى وحده : حظر بألا يحل محل

---

(١) COSTA (J.P.): L'execution des décisions de justice A.J. 1995. Numéro Spécial du cinquntonaire. p. 227.

(٢) DEBBASCH (CH) et RICCI (D.C.) : contentieux administratif Paris. Dalloz. 5e edition. 1990. T. 2. P. 205.

PACTEAU (B.): contentieux administratif . Paris. P.U.F. Thémis. 2e edition. 1989. P 290

الإدارة ، وآخر بالإمتناع عن توجيه أوامر إليها [١] . وقد القى هذا بظلاله على دوره فى تنفيذ أحكامه ؛ ذلك أنه مهما بلغ قدر امتناع الإدارة عن التنفيذ ، أو مدى توانيها فى إجرائه ؛ وأيا كانت درجة ترديها في جدية انتهاك الحجية ، لايملك أن يوجه اليها أمرا لابضرورة التنفيذ خلال أجل معلوم ، ولابطريقة إجرائه [٢] .

وقد يغمض الحكم أو ينتاب منطوقه ابهام يفضى إلى استغلاق عباراته على نحو يستحيل أو يصعب معه تبيان كيفية تنفيذه . حالئذ لايكون له أكثر من ايضاحه من خلال دعوى التفسير ، دون أن يتخذ من ذلك وليجة لأن يصدر أمرا اليها بوجوب التنفيذ على نحو معين ، أو فى مدة محددة [٣] .

ولايتوقف الحظر عند هذا الحد ، وإنما يمتد ليدخل فى نطاقه وسائل التهديد المالى بتنفيذ الحكم ، إذ ليس فى مقدور القاضى الحكم على الإدارة بطرق تهديدية لحملها على التنفيذ إذا أهملت أو تأخرت فى إجرائه [٤] . وفى تبيان ذلك يقول مجلس الدولة الفرنسي .... إذا كان يناط بالقاضى أن يبين

---

(١) انظر فى التفرقة بين الحظرين : د. السيد محمد ابراهيم : مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية . مجلة الحقوق . السنة الخامسة عشر . ١٩٧٣. العدد الأول . ص : ٦٩وما بعدها .

(٢) C.E 20 janvier 1989, commissaire de la république délégue pour la police á Marseille c/ douabou. R.D.P. 1990. P. 888.

C.E. 20 janvier 1988, syndicat national unique des personnel des forêts et de l'espace naturel cfot c/ office national des forêts . Rec. p. 26.

C.E 3 avril 1987. Consorts heugel Rec. p. 119. A.J. 1987. P. 534. Concl: Hubac.

(٣) محكمة القضاء الإدارى : ١٥ ابريل ١٩٥٤. القضية رقم ٧٤٠ لسنة ٧ القضائية.مجموعة السنة الثامنة . ص ١١١٢ ,

(٤) GUDEMET (Y.) réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif. Mél: Burdeau. Paris. L.G.D.J. 1977. P. 805.

الحقوق والإلتزامات المتبادلة للمتداعيين ، وأن يقضى بالتعويض المستحق عما يلحق بهم من أضرار ، فإنه لايسوغ له التدخل فى ادارة المرافق العامة بأن يوجه أوامر تنطوى على التهديد بجزاء مالى سواء إلى الإدارة ام إلى أولئك الذين يقومون على ادارة مرفق عام [1] . ويسلك مجلس الدولة المصرى ذات الإتجاه ، إذ تقول محكمة القضاء الإدارى فى أوليات أحكامها : " إن هذه المحكمة ليست من هيئات الإدارة ، فلا تملك إصدار أوامر ادارية ، ومن باب أولى أن تقوم مقام الإدارة فى اتخاذ إجراء معين " [2]. وتقول تارة أخرى أن " ....المحكمة لاتملك أن تكرهها – أى الإدارة – على شئ من ذلك عن طريق الحكم بالتهديدات المالية " [3] . وتبين المحكمة الإدارية العليا نطاق سلطة القاضى فى هذا الشأن بقولها ... لاتملك المحكمة أن تنصب من نفسها مكان الإدارة ... إذ ليس للقاضى أن يحل محل الإدارة فى إصدار القرارات الإدارية التى تعتبر نتيجة حتمية لحكم الإلغاء [4] .

ولاينبغى أن يعزب عن بالنا أن الحظر ليس مقصورا على قاضى الموضوع فحسب ، وإنما يتعداه إلى قاضى الأمور المستعجلة الإدارية . إذ يلتزم هذا الأخير بعدم توجيه أوامر تنفيذ مستعجلة الى الإدارة ، ولا أن يحكم عليها نتيجة لذلك بغرامة تهديدية للقضاء على ممانعتها ورفضها التنفيذ . فقد تواتر قضاء مجلس الدولة الفرنسى على الغاء الحكم المستعجل المتضمن توجيه

---

(١) C.E. 27 janvier 1933. Le loir. Rec. p. 136. D. 1934. P. 68. Concl: Detton.

(٢) محكمة القضاء الإدارى : ٢٨ مايو ١٩٤٧. القضية رقم ٧٢ لسنة ١ القضائية . مجموعة السنة الأولى . ص ٣٦٥.

(٣) محكمة القضاء الإدارى ١٧ مايو ١٩٥٠. القضية رقم ٣٥٥ لسنة ٢ القضائية. مجموعة السنة الرابعة . ص : ٨٠١ .

(٤) المحكمة الإدارية العليا :٢٨ نوفمبر ١٩٥٩. الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٤ القضائية. مجموعة السنة الخامسة . ص : ٦٨

المحكمة الإدارية العليا : ٢٤ فبراير ١٩٧٤. الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ١٦ القضائية . مجموعة السنة التاسعة عشر . ص ١٨٠

مثل هذه الأوامر من تلقاء نفسه ، أى حتى ولو لم تدفع الإدارة بذلـــك • إذ أن المجلس يعد القاضى هنا متجاوزا لحدود اختصاصه الوظيفى ؛ لما يعيب – فى تقديره – مايصدره بعيب عدم الإختصاص الذى يعد من الأمور المتعلقة بالنظـام العام (١) .

والحجج التى يسوقها الفقهاء تبريرا لهذا الحظر تحتاج إلى وقفة متأنيــة . يقولون تارة ، على نحو ماذكرنا ، أن الحظر يعد واحدا من مقتضيـــات مبـــدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية (٢) ، ويعلنون تارة أخرى بـــأن مـــبرره يكمن فى الخشية على هيبة القاضى الإدارى ؛ ذلك لأنه لايملك مـــن الوســـائل مايجبر الإدارة على تنفيذ أحكامه ، ولا على احترام مايصدره اليها من أوامـــر يقتضيها تنفيذ هذه الأحكام . ولذا فإنه لو أمرها ، ولم تطعه ، فإن هذا يكـــون من أثره ضياع هيبته ، وفقد احترامه (٣) . ويبدو أن تلك الآراء تدور بظاهرها فى حلقة مفرغة ، وتصادر بمدلولها على المغلوب ، إذ كيف نعقل قولهم بـــأن القاضـى لايستطيع توجيه أوامر للإدارة لتنفيذ أحكامه بزعم أنه لايملك مايجبرها على الإمتثال لها إذا أبت تنفيذها اختيارا ، وإذا سألنا لما لاتكون لـــه وســـائل لإكراهها على ذلك يعللون بأنه لاينبغى له استعمال هذه الوسائل ؟! .

. ولعلنا لانغلو إذا قلنا أن تلك الحجج يتصف الإعتصام بها بشئ كبير مـن عدم المعقولية ، وماكان ينبغى أن تظل عقبة تمكث طويلا حائلـــة دون تدخـــل القاضى الإدارى لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكامه ، وتمنعـــه مـــن أن يكـــون كالقاضى العادى له دوره الفعال فى ضمان احترام أحكامه . ومما نؤيد به مـــاقد سلف فضلا عما ذكرنا مايلى :

---

(١) انظر : د. محمد كمال منير : قضاء الأمـــور المســـتعجلة الإداريـــة . رســـالة دكتوراه. حقوق عين شمس . ١٩٨٨. ص : ٧١٢.

(٢) MEME (C.) : Lintervention du juge administratif dans L'exécution des ses décision . E.D.C.E. 1968. P. 41.

(٣) ODENT (R.) : cours de contentieux administratif . Paris. les cours de droit. 1978-1979. FaS: IV. P. 1284.

(١) التذرع بمبدأ الفصل بين الهيئات حجة واهية وإقحام للمبدأ فى غير محلـــه :

٥ – أن يحول هذا المبدأ دون تدخل القضاء لتنفيذ أحكامه بإصدار أوامر تبين للإدارة مايجب عليها اتخاذه لتنفيذ الحكم ، فهذا مما لايمكن قبوله ، فـــلا منطق المبدأ ولاتاريخه يفضيان إلى ذلك الحظر . والقول بغير ذلك فهم له علـى خلاف حقيقته ، وحمله على غير وجهه ؛ لأنه لو كان حقا يحـــول دون هــذا التدخل ، فلما – وكما يقول الفقيه الفرنسى chevallier – لـم يمنـع القــاضى العادى من توجيه أوامر إلى الإدارة ، ولماذا لم يحل بينه وبين اجباره لها علـى تنفيذ مايصدره من أحكام مستخدما فى هذا الشأن الغرامة التهديدية ؟!. ومــانظن أن أحدا ينكر أن له فى حالات كثيرة منها غصب السلطة أن يأمرها بـــرد مـا اغتصب ، أو بطردها عما عليه بغير حق استولت ، أو بوجه عام اعادة الحـال الى ماكان عليه قبل تدخلها [١] . بل إن القاضى الإدارى ذاته يملك فى دعـــوى القضاء الكامل سلطات واسعة فى مواجهة الإدارة تصل الـــى درجــة تحديــد مايجب عليها عمله تنفيذا لحكمه [٢] ، ولم نر معترضا على ذلك زاعمـــا بأنــه يمثل خروجا على هذا المبدأ . وعلى فرض أن الحظر يتأسس على هذا المبدأ ، اما كان أولى أن يساير أنصار هذا الرأى منطقهم فيجعلون الحظر عاما طالما أنه يتأسس على اصل أو مبدأ واحد . فهل يعقل أن يتغير تفســـير المبـــدأ بتغـير القضاء الذى يفصل فى الدعوى أو حتى تبعا لنوع الحكم أو الدعـــوى ذاتـــها ، فيكون له تفسيران : احدهما يحظر أو يمنع والآخر يجيز أو يمنح !! .

وبفرض أن المبدأ يحظر على القاضى توجيه أوامر إلى الإدارة ، فقــد

---

(١) CHEVALLIER (J.): l'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur A.J. 1972. P. 67.

(٢) انظر: أ.د. مصطفى أبوزيد فهمى : القضاء الإدارى ومجلس الدولـــة . قضـــاء الإلغاء . اسكندرية . دار المطبوعات الجامعية . الجــزء الأول . ١٩٩٨. ص : ٣٩٥.

كان المقصود بذلك حال اقراره القاضى العادى لأسباب أشهر من أن ندلل عليها. فمن الثابت أن مجلس الدولة لم يطبقه – أى الحظر – إلا منذ عام ١٨٧٢ ، هذا التاريخ الذى تحول فيه من طور القضاء المقيد إلى القضاء المفوض [١] . وقبل تلك الفترة كان المجلس لايتردد فى توجيه أوامر للإدارة ، ويذهب حتى الى حد الحلول محلها عمليا ، كما كان يجبر الجهات الإدارية على تنفيذ أوامره. غير أنه بصدور قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ تغير الوضع ، ودخل المجلس مرحلة القضاء المفوض • ومن وقتها امتنع ، ومن تلقاء نفسه ، عن توجيه أوامر للإدارة [٢] . أما مبدأ فصل الهيئات فإنه برئ من تلك التبعة ، إذ لاحت تطبيقاته فى الأفق القانونى – تخلصا من مثالب المحاكم العادية التى كانت تسمى آنذاك بالبرلمانات وإعاقتها لأعمال الإدارة – قبل تلك الفترة بصدور قانون ١٦-٢٤ اكتوبر ١٧٩٠ الذى حظر على القضاء العادى التدخل فى أعمال الإدارة [٣]

ومن هنا فإن تطبيق الحظر على القاضى الإدارى لا اساس قانونى له ، وإنما مصدره تفسير قضائى موسع لمجلس الدولة أفضى إلى أن فرض على نفسه ، ومن تلقاء نفسه ، هذا القيد الذى كان القاضى العادى – المقصود به أساسا – أكثر منه جرأة على التحلل منه [٤] . فوسع سلطاته تجاه الإدارة معتبرا إياها خصما عاديا له أن يتخذ فى مواجهتها كافة ما يتخذه فى مواجهة الخصوم العاديين من وسائل تكفل الاحترام لأحكامه ، ولم يعترض أحد عليه

---

(١) MOREAU (J.):droit administratif. Paris. P.U.F. Thémis. 1989. P. 27

(٢) VINCENT (J.) et autres: la justice et ses institutions. Paris. Dalloz. 4e edition. 1996. P. 417:418.

(٣) DEBBACH (R.): le juge administratif et l'injonction. la fin d'un tabou. J. C.P. 1996. No: 16 ed Général-1-3724.

(٤) CHEVALLIER (J.): Du principe de separation au principe dedualité. R.F.D. Ad. 1990. p.712.

مدعيا بأن فيه اخلالا بمبدأ فصل الهيئات [١] . بل إن محكمة النقض الفرنسية ذاتها تؤكد فى أكثر من حكم أن ما يأتيه القاضى العادى فى هذا الشأن لايعد خرقا لمبدأ فصل السلطات ذاته.[٢] الأمر إذن بالنسبة للقاضى الإدارى لايعدو أن يكون ، وكما يقول الفقه ، نوعا من التقييد الذاتى auto – limitation يفرضه هو على نفسه ولاعلاقة له من قريب أو بعيد ، لا بمبدأ فصل السلطات ولا فصل الهيئات [٣] .

ومن وجهة أخرى أن التذرع بالمبدأ لتبرير الحظر ينطوى على مغالطة ظاهرة . إذ بالرغم من وجوده يمارس القاضى الإدارى على الإدارة سلطة الأمر ، ويتدخل ، ولو بشكل غير مباشر ، شئنا أم أبينا ، فى شئونها ، وإلا فما معنى الرقابة الصارمة التى يمارسها على أعمالها ، تلك التى وصلت إلى حد كان محظورا عليه من ذى قبل ، كالرقابة على التناسب بين المخالفة ، والجزاء ، والرقابة على الخطأ الظاهر فى التقدير ، ورقابة الموازنة بين التكاليف والمنافع ، والتوافق الزمانى والمكانى بين الإجراء الضبطى وسببه • علينا أن نكون إذن على يقين بأن كل منها إن لم ينطو على طائفة من الأوامر الموجهة من القاضى إلى الإدارة ، فعلى الأقل أنه يمثل بذاته أمرا ينبغى أن تراعيه مستقبلا حتى لايكون تصرفها عرضة للإلغاء أو سببا للتعويض ، أو

---

(١) COHEN (D.) : La cour de cassation et la separation des autorités administratives et judiciaires. Paris. Economica. 1987. P. 353.

(٢) Cass. civ: 21 juin 1988. Conseil regional du longuedoc rousillon de l'ordre national des medecins c/ bozzi. bull. civil. 1988. T.1. No: 201.

cass. civ : 16 juillet 1986. Sivorm de la région d'Aigues. C/Morlureux. Bull. Civil. 1986. T.1.No: 211.

(٣) CHEVALLIER (J.) : l'elaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de L'administration activé . Paris. L.G.D.J. 1970. P. 189.

بمعنى آخر إذا لم تمتثل له فلن تجد قاضيا يقرها على تصرفها المخالف لتلك الأوامر .

وإن تعجب فعجب أن يضرب هذا الحظر بنطاقه على مجلس الدولة ، وهو الذى ابتكر كبريات نظريات القانون الإدارى ، سواء فى جوانبه الموضوعية أو الإجرائية ، وبما ابتدعه فى شأنها من مبادئ كبرى تمثل علامات تهتدى بها الإدارة فى تصريف شئونها ، وتلزمها فى عملها اليومى ، فبلغها ابتداعا قبل أن يصلها المشرع تقنينا ، فكان بمثابة المشرع الحقيقى لها . لايمكن لمنصف أن ينكر أنها بمثابة أوامر ، حتى ولو اتسمت بالطبيعة غير المباشرة ، إلا أن لها طبيعة الأمر وكنهه . ورغم ذلك لم يقل أحد – وكما يقول الفقيه الفرنسى Delvolve – بأن هذا يهدم مبدأ فصل الهيئات ، على الرغم من أن القاضى فى شأنها لم يخرج فحسب على مبدأ فصل الهيئات ، وإنما خرج على مبدأ فصل السلطات ذاته ؛ لأن ذات الجهة هى التى كانت تأخذ على عاتقها نشوء القاعدة الحاكمة للمنازعة ورقيها ، وهى التى تتولى فى ذات الآن تطبيقها عليها (١) .

ولو فرضنا أن المبدأ يحول دون أن يصدر القاضى أوامر للإدارة ، فإن مقتضى المنطق يلزمنا بأن نجرى تطبيقه فى صحيح موضعه ، أى نقصره على الحالات التى لاتتصل بمنازعة منظورة أمام القضاء . فلا يكون للقاضى أن يصدر أمرا بترقية شخص أو تعيين آخر ، أو منح ترخيص ، طالما كان هذا خارج نطاق الخصومة ، أى بشأن مسائل لم تطرح بخصوصها منازعة أمامه . هذا حقا مما لايمكن قبوله ، وإلا نكون قد أجزنا له أن يعمل عمل الإدارة ، ورخصنا له أن يمارس عليها سلطة رئاسية . ولكن حال يكون الأمر متعلقا بمنازعة منظورة أمامه سواء للفصل فيها أو لاتخاذ مايلزم لتنفيذ حكم أصدره ، فالأمر على خلاف ذلك تماما . وإلا لما نقبل أن تكون له سلطة اصدار أوامر

---

(١) DELVOLVE (P.) : paradoxe du (ou pardoxes sur le) principe de séparation des autorites administrative et judiciaires. Mél : chapus. Paris. Monchrestien. 1992. P. 135.

تحقيق les injonctions d'instruction تتعلق بتحقيق الدعوى المطروحة عليه كالأمر بضم ملـف أو تقديم مستند منتج فى الدعـوى ، كمـا لاحـظ وبحـق البعض؟ [١] . بل ولما نجيز له أكثر من ذلك الأمر بوقف تنفيذ قرار أصدرتـه مطعون فيه بالإلغاء كما يرى البعض الآخر ؟! [٢] . فهذا الأخير إن لم يعتـبر تجاوزا أمرا للإدارة بوقف سريان قرارها لحين الفصل فى الدعوى موضوعـا فلا أقل من اعتباره تعطيلا لقرار اصدرته ، يمكن القول معه بخروجه على هذا المبدأ ؛ لأنه يعد تدخلا فى شئونها [٣] . ولكن هذا القول رغم ظـاهر منطقـه يخالف المستقر فقها وقضاء بما يقطع بأن وجود المبدأ لايحـول دون السـماح للقاضى الإدارى بتوجيه أوامر للإدارة .

إن النظرة العابرة الى الكثير من القوانين الأوربية تكشف عن زيف هـذه الحجة ؛ إذ أن تلك النظم ليست اقل احتراما لهذا المبدأ من الأنظمة التى تتخـذه حائلا دون الإعتراف للقاضى بسلطة توجيه أوامر للإدارة ، ورغم ذلك تعـترف له ، ليس فحسب بأنه يأمر الإدارة بما يراه لازما لتقييد حكمه ، وإنمـا بتوقيـع غرامة تهديدية عليها عن كل يوم تتأخر فيه عن التنفيذ كالقانون الألمـانى [٤] . هذا إلى أن القانون الإيطالى لايتوقف عند هذا الحد ، وإنما يتماثل مع القـانون الإنجليزى فى الإعتراف للقاضى الإدارى بالحلول محل الإدارة فى اتخاذ القرار الذى كان يجب عليها اتخاذه تنفيذا لحكمه [٥] . وفى القانون البلجيكـى يكـون

---

(١) MODERNE (F.) : Etrangére au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait – elle ?. R.F.D. Ad. 1990. P. 815.

(٢) AUBY (J.M.) : note sous c.e 26 mai 1995. Enta et autres. R.D.P. 1996. P. 525.

(٣) أ.د. محمد فؤاد عبدالباسط : وقف تنفيذ القرار الإدارى . اسكندرية . دار الفكـر الجامعى . ١٩٩٧. ص : ١٦ .

(٤) FROMONT (M.): L'exécution des décisions du juge administratif en droit français et allemand. A.J. 1988. P.243.

(٥) COSTA (J.P.) l'exécution des décisions des juridiction administrative en Italie. A.J. 1994. P.364.

لمجلس الدولة ذات السلطات [1] . ورغم ذلك جميعه لم يقل أحد فى تلك الدول أن فى ذلك خرقا لمبدأ فصل السلطات !.

وثمة رأى للفقيه الكبير Jeze نسوقه دحضا للزعم بأن المبدأ يبرر الحظر ، إذ قال مع مطلع هذا الفرق بأن هذا المبدأ ليس إلا خرافة قديمة اصطنعتها أنظمة مستبدة ، لايستقيم وجوده الآن بما يرتبه من آثار مع دولة سيادة القانون [2] .

(٢) توجيه الأوامر مقتضى لحق المتقاضى فى الفصل العادل لدعواه :

٦ – يمثل حق المتقاضى فى الفصل العادل لدعواه le procés equitable – أو مايطلق عليه الحق فى المحاكمة العادلة – واحدا من أهم حقوقه الأساسية [3] . وهذا الحق ليس مقصورا على نحو ماشاع استعماله ، على كفالة حق الدفاع فحسب ، وإنما ينظر اليه فى الإتجاه الحديث لقضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان على أنه ذو ثلاث شعب : حق الإلتجاء الى القضاء الطبيعى ، حسن سير الخصومة بما يتضمنه من كفالة حق الدفاع ، وأخيرا الحق فى التنفيذ الفعال للحكم [4] .

وللتنفيذ الفعال فى قضاء ذات المحكمة موجبات من أبرزها أن يجرى خلال مدة معقولة تسمح للإدارة بأن تتهيأ وتتخذ مايلزم لهذا الشأن ، فإن

---

(١) LEWALLE (P.) : L'astreinte de granatie de l'efficacité des arrêts d'annulation prononce par le conseil d'Etat, Examen du droit francais et du droit belge. Mél. Auby. Paris, Dalloz 1992. p.579.

(٢) JEZE (G.) : Principes généraux du droit public, Paris, Marcel Giard. 1914. P.9.

(٣) ISRAEL (J) : Droits et libertés fondamentales. Paris, L.G.D.J. 1998. P.35

(٤) GUINCHARD (S.) : Le procès équitable : droit fondamental. A.J. 1998. Numéro spécial (les droits fondamentaux). P.191.

تجاوزتها فإن هذا يعد اهمالا يوجب مسئوليتها المدنية [١] . ولعل هذا كان مدعاة إلى أن تعلن اللجنة الأوربية فى تقريرها فى قضية Hornsly ضد الحكومة اليونانية بأن حق الطعن المكفول للمتقاضى يكون عديم القيمة إذا لم يكفل له الحق فى التنفيذ السريع للحكم القضائى الصادر فى هذا الطعن [٢] . وهو ذاته ماحدا بالمحكمة الإدارية إلى الحكم بأن التزام الإدارة بالتنفيذ فى دعوى الإلغاء لايتوقف عند حد سحب القرار المحكوم بعدم مشروعيته ، وإنما يمتد ليشمل التزامها بترتيب حال لمختلف آثاره أيضا [٣] . ولم يغب عن القضاء الأوربى ، وهو يتصدى لبيان معنى التنفيذ الفعال للأحكام ، أن يجلو أهمية الدور القضائى فى تحقيق هذا المفهوم . فهو يعتبره واحدا من أهم مقتضياته حتى وإن لم يصرح أحيانا بذلك ، فإن شواهد أحكامه تقطع بصحة هذا النظر . إذ نراه يعتبر تدخل القاضى بتوجيه أوامر للإدارة واحدا من مقتضيات التنفيذ الفعال للأحكام، بل ويعده العامل الرئيسى لأمرين : سرعة التنفيذ من جهة ، وتيسير مهمة الإدارة فى تحقيق آثار الحكم من جهة ثانية . إذ لامعنى للإلتزام بسرعة التنفيذ إذا أوكل للإدارة أمره دون رقابة مصدر الحكم على إتمامه . بل إنه من اللحظة التى نتفق فيها جميعا على أن النفع الذى يرجوه المدعى من الحكم ليس مجرد بيان أحقيته فيما يدعى به ، وإنما جل همه فاعليته فى الحصول عليه ، أى إمكانية تحوله إلى واقع [٤] ، لابد أن نكون على يقين بلزوم تدخل القاضى لضمان فاعلية التنفيذ بعنصريه ؛ لأن تدخله من خلال مايفرضه من أوامر يعد عاملا أساسيا لتحقيق هذا الغرض .

---

(١) C.E.D.H : 26 Septembre 1996. Zappia c/ Italie. D. 1997 P.209. note : Fredero.

(٢) Rapport du 23 octobre 1995. sur l'affaire d'Hornsly c/ Grèce. A.J. 1995. P.391. note. Flause.

(٣) C.E.D.H : 19 mars 1997. Hornsly c/ Grèce. A.J. 1997. P.986. note : Flause.

(٤) د. حسنى عبدالواحد : تنفيذ الأحكام الإدارية . القاهرة . مطابع المجلس الوطنى . ١٩٨٤. ص : ٧ .

وتفسير ذلك أن هذه الأوامر إما أن تواجه رغبة للإدارة آثمة ، وإما أن تؤازر لها قصدا حسنا . فالقاضى من خلالها يقطع عليها سبل التحايل على تنفيذ حكمه حال تذرعها بغموض منطوقه ، أو تعللها بعدم استطاعتها معرفة كيفية تنفيذه ، وبذلك تتحقق سرعة التنفيذ . وإما أن تكون أوامر القاضى عونا للإدارة حال يحسن قصدها وترغب فعلا فى التنفيذ . فذاك أمر يوضحه الفقيه Chevallier بمفاد قوله أن القاضى يتولى عن طريق أوامره بيان مايجب على الإدارة القيام به لتنفيذ الحكم ، ويوقفها على طريقته مبينا نظامه ، والإجراءات التى يستلزمها ، إذ أنها قد تتردد فى معرفة ماينبغى عليها فعله ، وبذلك يبدد بأوامره غموض الحكم ، ويزيل بها إبهامه ، ويجلو لها حقيقة موقفها حياله ، والأمر سواء فى دعوى الإلغاء أو التعويض (١) . ومن هنا يبرز دور توجيه الأوامر كوسيلة لضمان تنفيذ سريع وفعال لأحكامه (٢) .

ولعل تلك الرؤى هى التى أفضت بمحكمة العدل التابعة للجماعة الأوربية الى أن تعدل مسلكا درجت عليه اتباعا ، فبعد أن كانت ترفض توجيه أوامر إلى إدارات الدول التابعة للجماعة فيما يطرح عليها من منازعات تعد طرفا فيها ، نجدها فى حكم حديث أجازت بمقتضاه حتى للقضاء الوطنى لتلك الدول ، الأمر باتخاذ مايلزم لإكراه الإدارة على تنفيذ أحكامها بقصد حماية حقوق رعايا تلك الدول ، حتى ولو كان القانون الوطنى لايجيز توجيه تلك الأوامر (٣) . وفى حكم آخر ، اعترفت ذات المحكمة للقضاء المختص – مبينة سند ذلك – بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لإصدار القرار الذى رفضته سلفا بناء على قانونها الوطنى . وقد أسست ذلك على ضرورة تفعيل دور القاضى فى تنفيذ قانون الجماعة الأوربية ممثلا فى اتفاقية روما ، وتفعيل هذا الدور

---

(١) CHEVALLIER (J.) : L'interdiction …… op. cit. P. 87:88.

(٢) JEZE (G.) : Note sous C.E. 20 Janvier 1905. d'usine de villereglan. R.D.P. 1905. P.105

(٣) C.J.C.E : 15 octobre. 1987. Union nationale des entraineuse, c/ Heylens . Rec. p.4017.

يعد من أوليات تحقيقه السماح للقاضى بتوجيه أوامر تنفيذية إلى الإدارة المعنية (١) .

(٣) سلطة القاضى فى توجيه الأوامر شق من سلطته فى الحكم :

٧ - يثير هذا الحظر العجب فعلا ، إذ كيف يحظر على القاضى الإدارى توجيه أوامر للإدارة رغم أنه يمارس هذه السلطة فى كل حكم يصدره ؟! . فالنظرة المتأنية للحكم يتبدى منها أنه لايعدو أن يكون أمرا يوجهه مصدره إلى الإدارة إما بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن آخر (٢) . ولعل وثوق الرابطة القائمة بين سلطة الأمر والحكم . ماحدا بالبعض إلى تشبيهها بالتماثل بين الشئ وظله (٣) . وهو يكشف من خلال هذا التصوير عن حقيقة مهمة القاضى بأنها ليست مقصورة على أن يعلن حكما مجردا على واقعات الدعوى التى ينظرها فحسب ، وإنما لازم لاستكمالها أن يأتى وجهها الآخر باتخاذ مايلزم لتنفيذه (٤). أى أنه بلغة اجرائية أكثر دقة ، لايقتصر على بيان حكم القانون jurisdiction وإنما يتجاوزه إلى الأمر بما يجب تنفيذه imperium (٥) . ولنقف على مايقوله الفقيه Perrot تفسيرا لذلك : إن وظيفة القاضى لاتقتضى فحسب النطق بحكم القانون ، وإنما أيضا سلطة الأمر باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لكى يأخذ هذا الحكم طريقه إلى التطبيق العملى ، وتلك سلطة

---

(١) C.J.C.E : 19 Juin 1990, Secretary of State for Transports c/ Factortame. Rec. P.2417.

(٢) BARTHELEMY (J.) : L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution force dans le droit public. R.D.P. 1912. P. 505.

(٣) WEIL (P.) : Les conséquence de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pourvoir. Thèse , Paris. Pendone, 1952. P.60.

(٤) FREJAVILLE (M.) : La valeur juridique de L'astreinte. J.C.P. 1951 -1 - 910.

(٥) VIZIOZ (H).) : les pourvoirs du juge des réfères en matière d'astreinte. J.C..P. 1948-1-689.

مكملة لسلطته فى الحكـم (١).

وفى استنكاره لهذا الحظر يحلل أحد الفاقهين طبيعة أحكـــام القضـــاء الإدارى انتهاء إلى القول بأن هذه الأحكام هى فى حقيقتها أوامر موجهـــة مـــن القاضى إلى الإدارة حتى ولو كانت كذلك بشكل غير مباشـــر . فـــهى جميعـــا تنطوى على أمر بفعل أو أمر بالإمتناع عن آخر . فالحكم الصادر مثـــلا فـــى دعوى التعويض بمثابة أمر يفرض عليها أداء مبلغ التعويض المحكـــوم بـــه ، والحكم الصادر بإلغاء رفض الترخيص يعنى أمرا إليها ، ولـــو بشـــكل غـــير مباشر ، بإصداره . وهو إن كان لم يصرح بذلك إلا أن إعمال مقتضاه بحكـــم التلازم تأدية ذلك ، فهو كغيره من الأحكام يتضمن فى ذاتـــه الزامـــا معينـــا ، والإدارة عليها واجب قانونى مطلق بتنفيذ ما يتضمنه الحكم اتباعا لمـــا حـــدده القاضى. ومن هنا يتلازم حكم الإلغاء مع الأمر ؛ لأن معناه افعل أو لاتفعل .(٢) ويبدو أن هذا ماقصده الفقيه الكبير Duguit بقوله .. إن كل حكم يصـــدر مـــن القاضى الإدارى هو بالنسبة للإدارة بمثابة توجيه أمر ، حتـــى وإن لـــم يكـــن صريحا فعلى الأقل أنه أمر بالإمتثال لحجية الأمر المقضى به ، وإعمال كـــل مايترتب عليه من نتائج (٣) .

. ولعل هذا هو السبب الذى دفع القضاء العادى الفرنسى إلى ابتداع فكـــرة الغرامة التهديدية ، وأيدته محكمة النقض ، لأول مرة ، بحكمها الصادر فى ٢٨ ديسمبر ١٨٢٤ ، قبل أن تمتد اليها يد المشرع بالتقنين بمقتضى قانون ٥ يوليـــه ١٩٧٢ ، إيمانا منها بأن دور القاضى لايتوقف عند الحكم فى الدعوى ، وإنمـــا يصاحبه الأمر بموجبات تنفيذه . ولأن وسائل الإجبار على الإمتثال لـــه كـــانت منعدمة حالئذ ، فقـــد وجد القضـــاء الفرنسى فـــى الغرامة التهديدية خير سبيل

---

(١) PERROT (R.) : Institutions judiciaires. Paris. Montchrestien. 3e edition. 1989. P.39.

(٢) CHEVALLIER (J.): L'interdiction ...... op. cit. p. 86.

(٣) CHEVALLIER (J.) : l'interdiction..... op. cit. p. 59.

لتحقيق هذه الغاية [١] .

ومن العجيب حقا أن يعتبر مجلس الدولة الإعتراف للقاضى بالحكم بغرامة تهديدية بقصد تنفيذ أوامره إلى المحكوم ضده ، أو مايتخذه من أوامر تحقيق ، مبدأ من المبادئ العامة للقانون [٢] ، وفى ذات الوقت يحظر على القاضى الإدارى استخدام هذه الوسيلة ، رغم أنه لايوجد فى هذا الحكم الذى انتهى اليه مايشير الى اعتباره مبدأ يتعلق بجهة قضاء معنية . إذ جاءت صياغته عامة بما مفاده أنه لايقتصر على القاضى العادى فحسب ، وإنما يمتد أيضا إلى القاضى الإدارى أيضا [٣] .

وحتي ولو فرض أن المعنى بذلك هنا هو القاضى العادى ، فإن اعتباره من المبادئ العامة للقانون يوجب تطبيقه بالنسبة لجميع جهات القضاء ، على اعتبار أن طبيعة المبدأ تحول دون قصر اعماله على قاض أو جهة قضائية دون أخرى ، إذ يطبقه كل قاض لاباعتباره ينتمى إلى مجال قضائى بعينه ، وإنما باعتباره من المبادئ الأساسية العامة لكل القضاء لاسيما إن كان يتعلق بالجانب الإجرائى فى التقاضى [٤] . هذا إلى أن مجلس الدولة بحكمه هذا قد اعتبر أن استخدام الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ القاضى لأحكامه وأوامره تمثل جزءا رئيسيا من وظيفته القضائية مما لايكون معه مبرر لقصر إعماله على القضاء العادى دون الإدارى [٥] .

---

(١) CHABAS (F.): Astreintes. Répertoire de procédure civile. Dalloz. 2e édition T.I. Maise á jour . 1993. P.3.

(٢) C.E. 10 Mai 1974. Barre et Hannet. Rec. p.276 A.J. 1974. P.545.

(٣) MODERNE (F.): Etranger .... op.cit. p. 800.

(٤) أ.د. فتحى والى . الوسيط فى قانون القضاء المدنى . القاهرة . دار النهضة العربية . ١٩٨٧. ص : ١٣ ، ١٤ .

(٥) DU RURQUEC (E). Astreintes: introduction. j.c. pr. civil. Fas. 2120.1993. p.5.

رابعا : قصور الوسائل التقليدية عن إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكـــام الإدارية :

٨ – ابتدعت الأنظمة القانونية طائفة من الوسائل قصدت بها ضمـــان تنفيذ فعال للأحكام الإدارية . وهذه الوسائل رغم تعددها إلا أنه يمكن أن نجمـــع شتاتها فى نوعين : وسائل قضائية ، وآخر غيرقضائية (أو وديـــة) . ولكـــن على الرغم من وجودها إلا أن الإخلال الإدارى بالتنفيذ لازال ظـــاهرة لافتـــة للنظر ، استأهلت حتى فى فرنسا شكوى رجال القانون ، إذ تسجل كـــل عـــام هناك بنسب متفاوتة حالات لإعراض الإدارة عن التنفيذ (١) .

وهذا إن كان شاهدا على قصور تلك الوسائل فى تحقيـــق غايتـــها إلا أن مايمكن أن ندلل به على هذا القصور ، هو الأسباب الباعثة اليه ، والتى تتمثـــل فى اثنتين : نسبية فاعلية الوسائل القضائية ، وعـــدم جـــدوى الوســـائل غـــير القضائية .

(١) نسبية فاعلية الوسائل القضائية :

٩ – أيا كان الإجراء الذى تعبر به الإدارة عن إرادتها فى عـــدم تنفيـــذ الحكم أو الذى ينبئ عن عدم عزمها فى النزول على مقتضـــى حجيـــة الشـــئ المقضى به ، يكون للمحكوم لصالحه الإلتجاء إلى القضاء أملا فـــى إجبارهـــا على التنفيذ متبعا أحد طريقين : إما طريق الدعـــوى الإداريـــة ، أو الدعـــوى الجنائية ، أم هما معا . وكلا الطريقين تعترضه صعاب تشكك فى قدرته علـــى تحقيق نتائجه .

(أ) الدعوى الإداريـــــــة :

١٠ – سواء كـــانت دعوى الغاء لقرار الإدارة الصريح برفض التنفيذ ،

---

(١) FRAISSEIX (P.): La rêforme de la juridiction administrative par la loi 95-125 du 8 février 1995, relative á l'organisation des juridiction et á le procédure civil, pénale et administrative. R.D.P. 1995. P.1053 (spéc. P.1072).

أو الضمني. بامتناعها عن الإمتثال للحكم ، أو كانت دعوى تعويض عن خرقها لحجية الشئ المقضى به ، وما ترتب على ذلك من أضرار بالمحكوم لصالحه، فإن المشكلة لاتكمن فى قبول القاضى لهذه الدعوى أو تلك ، ولافى المكنات التى يملكها المدعى هنا ، ولا السلطات التى تكون للقاضى بصددهما ، وإنما مكمن المشكلة فى الأثر المترتب على الدعوى ذاتها ، والمدى الزمنى الذى يستغرقه الفصل فيها . فماذا لو حكم القاضى بعدم مشروعية تمنع الإدارة عن التنفيذ ، ثم رفضت الإدارة مرة أخرى الإمتثال لهذا الحكم الأخير ، أو تحايلت على تنفيذه ؟! . ألم يحدث في فرنسا معقل الديمقراطية أن مجلس الدولة الغى أكثر من ست مرات قرارا لأحد العمد بفصل أحد الموظفين ، وفى كل مرة يلغى المجلس قرار العمدة ، يصدر هذا الأخير قرارا جديدا بالفصل . ولقد شبه الفقيه الكبير هوريو ذلك بأنه عبارة عن مبارزة بين القاضى والإدارة . حقا كما يقول ذات الفقيه أننا فى مثل هذه الحالة نكون بصدد موقف سيئ التنظيم ، إذ لاتوجد أى اجراءات عملية تمكن من التغلب على سوء قصد الإدارة ، كما لايملك القاضى وسيلة فعالة تجبرها فى مثل هذه الحالات على الإمتثال لهذا الحكم (١) .

بل وعلى فرض حصوله على حكم بإلغاء رفض الإدارة تنفيذ الحكم الأول ، فكيف نجبرها على تنفيذ الحكم الثانى ؟ . حقا أنه لأمر مثير للسخرية، أن الدعوى التى ابتدعت لحماية المحكوم له من عنت الإدارة فى التنفيذ تكون بحاجة إلى وسيلة لضمان فاعليتها ! . وأمام عدم وجود هذه الوسيلة ، ليس أمام المحكوم له إلا أن يقيم دعوى ثانية ، وثالثة ، ورابعة ... وهكذا ، ويدخل بذلك فى حلقة مفرغة ، كلما لجأ إلى الإدارة أملا فى التنفيذ امتنعت ، فيعيده امتناعها مرة أخرى إلى القضاء ، ثم يحيله هذا الأخير اليها بحكم جديد يلغى أو يقضى بتعويض عن معيب تصرفها ، وتتكرر المأساة إلى حد لانهاية له . ولعل هذا مايعبر عنه الفقيه ريفيرو اذ يقول : " إن منطق الدعوى الإدارية فى هذه الحالة يفضى إلى أن تفقد كل ثقة المتقاضين فى فاعليتها ، وتفقد هى فى

---

(١) أشار اليه أ.د. سليمان الطماوى : المرجع السابق . ص : ١٠٧٤ .

حد ذاتها كل أهميتها ، يدور فيها المتقاضى فى حلقة مفرغة ، وسلسلة اجرائية لاحد لها ، فالإمتناع عن التنفيذ يمكن أن يلحق كل حكم يصدره القاضى بصرف النظر عما إذا كان حكما أصليا أم تبعيا أى صدر بمناسبة عدم تنفيذ حكم ، ويصدر آخر لعدم تنفيذ الأول ، وثالث لعدم تنفيذ ثان . وهكذا دون أن يحصل على نتيجة عملية [١] . وما أجمل مما يشبه به ذات الفقيه دور القاضى هنا إذ يقول أنه قد وقف فى منتصف الطريق لايصل بتلك الدعوى إلى نهايته مثله كمثل من يهوى بمعول على جذع شجرة فيأتى عليها ، غير أنه يأبى اجتثاثها تاركا ذلك للعواصف والرياح !! [٢] .

وحال دعوى التعويض لايقل قصورا فى هذا الشأن عن دعوى الإلغاء . فالواقع لازال يكشف عن مثالب لها يقدح فى فاعليتها . فهى لاتحقق تنفيذا للحكم كما هو معلوم ، وإنما تجبر الأضرار الناجمة عن عدم التنفيذ سواء تمثلت فى كسب فائت أو خسارة لاحقة ؛ ولذا فإنها لاتعتبر وسيلة جابرة على التنفيذ ، وإنما جابرة للضرر المترتب على تخلفه . ولذا يعبر عنها الفقيه Auby بأنها لاتعدو أن تكون ثمنا تشترى به الإدارة حريتها فى الإمتناع عن التنفيذ ، ووسيلة تحقق بها رغبتها فى الخروج على القواعد القانونية ، وخرق المشروعية ، وما أبخسه من ثمن إذا قورن بفداحة الخطأ [٣].

وإلى ذات العيب يشير فقيه آخر بقوله : والسماح للمحكوم له بإقامة دعوى التعويض عن الخطأ المقترف ، والمتمثل فى عدم التنفيذ ، معناه أن الإدارة فى النهاية ستدفع التعويض . ولكن تكون المشروعية قد انتهكت ،

---

(١) RIVERO(J.) : Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administrative á l'épreuve des faits. Mél : Dabin. Bruxelles. Bryiant. 1963. T.2. p.813.

(٢) RIVERO (J.) Le Huron au palais-Royal ou reflexons naives sur le recours pour excès de pouvoir. pages des doctrine. Paris. L.G.D.J. 1980. T.2. p.225.

(٣) AUBY (A.M.) : Note sous C.E. 17 Mai 1985. Mme Menneret. D. 1985. P.583.

وتكون الإدارة قد حققت هدفها التى سعت اليه منذ البداية ، واشترت حريتها في مواجهة القانون بثمن زهيد [1] . بل إن مايزيد الأمر تعقيدا أن القاضى الإدارى لايستطيع أن يفرض على الإدارة دفع التعويض المحكوم به . ومن هنا يلحق حكم التعويض مايجرى على الأحكام الإدارية عامة من الحاجة إلى وسيلة أخرى لضمان احترامه . ولا أدل على ذلك مما قضىَ به مجلس الدولة الفرنسى في هذا الشأن من أنه لايملك الحكم على الإدارة بأية تهديدات مالية بقصد اجبارها على دفع التعويض المحكوم به [2] . حقا أن الذى سيدفع ثمن كل هذا فى نهاية الأمر هو المواطن سواء كان المتقاضى نفسه ، أم المواطن بوجه عام؛ وذلك لأن المتقاضى هو الذى يتكبد جل نفقات الدعوى لاسيما أتعاب المحاماة . خاصة وأن دعوى التعويض فى فرنسا على خلاف دعوى الإلغاء يجب رفعها عن طريق أحد المحامين المقبولين أمام مجلس الدولة . وكلما يطول وقت الفصل فيها ، تستلزم سلسلة إجرائية تستتبع الكثير من النفقات التى يتكبدها صاحب الشأن [3] . أما كيف يتحمل المواطن التعويض فذلك لأن الإدارة حين يحكم عليها به لن تدفعه من مالها الخاص ، وإنما تتحمل به خزانة الدولة أخيرا ، فيكون عبء ذلك ملقى فى نهاية الأمر على عاتق مواطن الدولة سلبا أو إيجابا [4] .

ويكشف جانب آخر من الفقهاء عن عيب جديد لدعوى التعويض يرتبط بالسياسة القضائية لمجلس الدولة بصددها ، وينتهى الى قوله بعدم فاعليتها لضمان تنفيذ الأحكام ؛ وذلك لأن مدة عدم التنفيذ التى تعطى صاحب الشأن حق اقامتها بعد تمامها غير محددة ، إذ أن النصوص المنظمة للإجراءات أمام القضاء الإدارى لم تحددها ، وإنما الأمر فى شأنها يعتمد على ظروف كل

---

(١) RIVERO (J.) : Le système français ….. op. cit. P.832

(٢) C.E. 14 Mars 1934. Sté de biscuiterie couvry. Rec. p.339.

(٣) THOUROUDE (J.J.) : Pratique du contentieux adminstratif. Paris . Editions du Monsteur. 1992. P.157.

(٤) RIVERO (J.) : Le système français ….. op. cit. P.832

دعوى ، وما يصادف التنفيذ من عقبات تحول دون تمامه ، ورؤية القاضى لكل حالة ، ومدى تقادم الحق المطالب به [1] .

ومن ناحية أخرى أن إثارة مسئولية الموظف الممتنع عن عدم التنفيذ عن خطئه الشخصى أمر يبدو من الصعوبة بمكان . وهذا يرجع إلى سببين اثنين : أولهما يعود إلى السياسة القضائية لمجلس الدولة بشأن مفهوم الخطأ الشخصى ، ذلك أن المجلس يصرف هذا المفهوم الى معنى أضيق بكثير من معناه فى القضاء الجنائى بالنسبة للجرائم الجنائية ، ومن المعنى الذى يجريه حتى القاضى المدنى فى حالات غصب السلطة [2] . ومن جهة أخرى أن هذا المفهوم يصطدم بعقبة تجعل المجلس يتردد فى شأنه ، وهى أن رفض التنفيذ لايكون بإرادة الموظف ، ولاهو من عمله المنفرد به دون غيره ، بحيث يمكن القول بأنه كان وليد دوافع شخصية تثبت معها فى جانبه الخطأ الموجب لمسئوليته . وإنما هو ناتج فى الغالب عن تدخل العديد من الجهات الرئاسية ، أو حتى من الوزير نفسه ، وأحيانا يكون بأمر الحكومة مجتمعة . وهنا يصطدم بعقبة جديدة هى طاعة أوامر الرؤساء التى تنفى القصد السئ فى جانب الموظف ، وتمثل عائقا يحول دون مسئوليته الشخصية [3] .

وبفرض أن دعوى التعويض مبرئة من كل تلك المثالب ، فإنها رغم ذلك لاتضمن بأى حال التنفيذ الحال والفعال للحكم الإدارى . فما تستلزمه من اجراءات طوال معقدة يحيط بها الغموض ، وتكتنفها ثغرات تفضى إلى ثغرات تجعل المدى الزمنى بعيدا بين المحكوم له ، والحصول على حقه فى عدالة

---

(١) BRAIBANT (G.) op.cit.p.68.
THOUROUDE (J.) : op.cit. p.158.

(٢) انظر : أ.د. محمد رفعت ، أ.د. حسين عثمان : القضاء الإدارى . اسكندرية . مطبعة التونى . ١٩٩٧. ص : ٦٠٠ وما بعدها .

(٣) MADIOT (Y.) : Droits de l'homme. Paris. Masson. Droit, sciences economiques. 1992. P. 123.

سريعة وفعالة . ولعل هذا مادفع بالبعض إلى أن يعلن عن عـــدم فاعليـة دور القاضى الإدارى فى تنفيذ أحكامه (١) .

(ب) الدعوى الجنائيـــة :

١١ - لاننكر أنها تمثل وجها للحماية الدستورية للأحكام القضائية علـى اعتبار أن الدستور جعل الإمتناع عن تنفيذ هذه الأحكام أو تعطيلها من جـانب الموظفين العموميين جريمة يعاقب عليها القانون ، ويكون للمحكوم له حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة الى المحكمة المختصة (٢) . وتأتى المــادة ١٢٣ مـن قانون العقوبات لتعاقب بالحبس والعزل كل موظف يستعمل وظيفته فى وقـف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة ، كما تعاقب كل موظف عمومى يمتنـع عمدا عن تنفيذ حكم أو أمر بعد مضى ثمانية ايام من انذاره على يد محضـر ، إذا كان تنفيذ هذا الحكم أو الأمر داخلا فى اختصاصه .

إنها حقا غايات نبيلة انطوت عليها تلك النصوص . ولكـن رغـم ذلـك لايتردد البعض ، مستشهدا بواقع تطبيقها ، فى أن يعلن قصورها عن ضمـان تنفيذ فعال للأحكام الإدارية ، إذ يقول ..... ورغم مافى النصوص مـن قيـم ومبادئ للمحافظة على حجية الأحكام واعلاء شأنها ، وتحقيـق مبـدأ سـيادة القانون بالإلتزام بمقتضاه إلا أن الواقع العملى يجد نفورا كبيرا فى اعمال هـذه

---

(١) يدلل بعض الفقهاء الفرنسيين على طول اجراءات التقاضى على نحو تضيع معه الفائدة المرجوة من الطعن ، وتفقد معه الدعوى الإدارية جل أهميتـها وسـبب وجودها ، بأن الفترة التى يستغرقها الفصل فى هذه الدعـوى أمـام المحـاكم الإدارية عامان وشهر وعشرة أيام (وذلك فى عام ١٩٩٢) ، بينما تكون هـذه المدة أمام محاكم الإستئناف الإدارية اربعة عشر شهرا (عام ١٩٩٣) ، أما مدة الفصل فى الدعاوى المنظورة أمام مجلس الدولة عـام ١٩٩٢ كـانت سـنتين ونصف ، بينما عام ١٩٨٩ كانت ثلاث سنوات وتسعة اشهر .

FRAISSEIX (P.) : op. cit. p. 1063.

(٢) المادة ٧٢ من دستور ١٩٧١، والمادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية معدلـة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢.

الأحكام بصفة دائمة على وجود العديد من المشكلات التي لاتزال هذه النصوص القانونية قاصرة عن حلها ... [١] .

ولاينكر جانب آخر من الفقهاء وجود مايمكن أن يقلل من فاعلية الدعوى الجنائية في تحقيق ذات الغاية ، بقوله ... وجريمة الإمتناع عن تنفيذ الحكم جريمة عمدية يجب أن يتوافر فيمن يرتكبها ركن العمد . هذا الركن ينتفي اذا شاب الحكم غموض جعل الموظف المختص يمتنع عن التنفيذ مؤقتا حتى يستفتى الجهة المنظمة لشئون الموظفين أو القسم الإستشارى بمجلس الدولة فى طريقة التنفيذ ؛ لأن الموظف فى هذه الحالة لم يتعمد الإمتناع عن التنفيذ ، وإنما الضرورة فقط هى التى دعت إلى الإمتناع مؤقتا عن ذلك حتى يتبين الموظف المختص الطريقة الصحيحة فى تنفيذ الحكم ... [٢] . وهذا بالقطع يكون مدعاة لتعطيل التنفيذ والفرار من المسئولية عن الإمتناع عن اجرائه .

ويتشكك أيضا البعض الثالث من الفقهاء فى جدوى هذه الوسيلة بقوله بعد أن عرض لها ... غير أنه يحدث عملا أن تمتنع الإدارة عن تنفيذ أحكام مجلس الدولة خاصة تلك التى تلغى قراراتها بالفصل من الخدمة . بل إن نسبة كبيرة من الأحكام المتعلقة بقضايا الموظفين تظل معطلة مجمدة دون تنفيذ ، مما دفع مجلس الوزراء الى اصدار قرار فى صيف ١٩٧٣ بتنفيذ هذه الأحكام ، وإعادة تعطيل التنفيذ لاعتبارات شخصية أو مالية . وإذا كانت الإدارة غالبا ماتدعى تبريرا لعدم تنفيذ أحكام مجلس الدولة فى إعادة المفصولين اضرارا بمصالح العمل الذى تنفرد بتقديره ، ولاشك أن فى ذلك اخلالا بمبدأ سيادة القانون يجب وضع حد له ، إذ أن مصلحة العمل يجب أن تراعى فى ظل احترام القانون ... [٣] .

---

(١) حمدى ياسين عكاشة : المرجع السابق . ص : ٤١٥ .

(٢) ابراهيم المنجى : التعليق على نصوص قانون مجلس الدولة . اسكندرية . منشأة المعارف . الطبعة الأولى . ١٩٩٦. ص : ٨٨٨ .

(٣) أ.د. ماجد الحلو : القضاء الإدارى . اسكندرية . دار المطبوعات الجامعية . ١٩٩٦ . ص : ٣٥٨.

ولايفوتنا أن نشير إلى أن المشكلة التى تحد حقا مــن فاعليــة الدعــوى الجنائية ، فضلا عما سبق . هى الحصانة البرلمانية التى يتمتع بــها الموظــف المسئول عن عدم التنفيذ ، أو رئيسه سواء كان المباشر أم الأعلـــى ؛ ذلــك أن طول اجراءات رفع الحصانة ، وما تصطدم به من عقبات لاسيما حين يكـــون الموظف أو رئيسه من حزب الأغلبية البرلمانية ، حالئذ يزداد الأمــر تعقيــدا ، ويطول تجمد الإجراءات ، وتنتهك الحجية تحت سمع القانون وبصره . وأظــهر دليل على ذلك عدم تنفيذ حكم محكمة القضاء الإدارى بإلغـــاء القــرار الإدارى بمنع الإحتفال بذكرى مصطفى النحاس رئيس الوزراء ورئيس حـــزب الوفــد الأسبق الصادر فى ١٩ أغسطس ١٩٨٠ ، وكيف وقفت الحصانـــة البرلمانيــة حائلا دون محاكمة المسئولين عن عدم تنفيذ هذا الحكم جنائيا (١) .

وناهيك عن الحصانة وقدر أثرها فى الحد من فاعلية هذه الوسيلة ، فــإن مايوهن فى رأينا من هذا الأثر اسراف المحاكم الجنائية فى الحكم بوقف تنفيــذ ماتقضى به من عقوبات فى هذا الشأن لاسيما وأن الإدارة تلعب علـــى حبــائل الإجراءات ، فترجئ التنفيذ حتى قبيل صدور الحكم فى الدعـــوى الجنائيــة ، فإذا ماحانت تلك اللحظة سارعت به ، مما يجعل القاضى يركن إلـــى الحكــم بوقف تنفيذ حكم الإدانة . ومن جهة ثانية أن نظــرة متأنيــة الــى النصــوص التجريمية آنفة الذكر يتجلى منها أن العقاب لاينصب إلا حال توافر ركن العمــد لدى الموظف الممتنع عن التنفيذ ، أما ذاك الذى أهمل أو توانى فيه فلا يمتـــد اليه . ويحضرنا فى هذا المقام تعليق البعض على ذلك بقوله ... وباســتعراض الحل – يقصد الدعوى الجنائية – يتبين لنا مدى قصـــوره ، حيــث تقتصــر الجريمة على الإمتناع العمدى فى الوقت الذى نرى فيه ضرورة تجريم كل مــن فعلى التراخى والإهمال فى التنفيذ ، حيث يصعب عملا اكتشاف القصد العمدى فى هذه الجريمة ، فيكفى مجرد وعد الموظف المسئول عن التنفيذ بالقيام بــه ، أو أنه جارى اتخاذ اجراءات التنفيذ كى ينفى القصد العمدى ، ثم يتراخى فـــى

---

(١) انظر تفصيلا : د. حسنى عبدالواحد : تنفيذ الأحكام الإدارية .. المرجع السابق. ص : ٦٣٥.

- التنفيذ عقب ذلك لسنوات وسنوات . وكان ضروريا أن يشمل التجريم كل من الإمتناع العمدى والتراخى فى التنفيذ ، والتنفيذ بإهمال مع تنوع العقوبات حسب جسامة الجرم الكامن فى كل جريمة منها [١] .

وعلى فرض عدم صحة هذا النظر ، فهذا لايبرئ تلك الوسيلة من شائبة القصور فى الفاعلية إذ أن مايقدح فيها طول الوقت الذى تستغرقه المحاكم الجنائية فى الفصل فى تلك الدعوى لكثرة ماتنظره من قضايا يضعف من أثرها الردعى . وهو وقت تستثمره الإدارة فى تحقيق رغبتها فى عدم التنفيذ ، أو لتفويت ثمرة كان يرجوها المحكوم له من التنفيذ الحال . ولنا أن نتساءل ماهى الفائدة التى تعود على المحكوم له اذا بلغت الدعوى الجنائية مداها، وحكم على الممتنع عن التنفيذ ؟. أن هذا الحكم لايمثل مبتغاه ، فكل مايعنيه تحقيق مقتضى الحكم الإدارى . وتلك مسألة لاتضمنها الدعوى الجنائية. وهذا مايؤيده البعض بقوله ... وفى حقيقة الأمر أن المشرع عنى بالتجريم دون أن يكفل للمحكوم له الضمانات لتنفيذ مابيده من أحكام ولم يتخذ حلا ايجابيا يساعده على كفالة التنفيذ [٢] .

وبغض النظر عن ذلك جميعه ، فإن أكبر وصمة تصيب دولة القانون أن يكون تنفيذ الأحكام فيها باتباع الأسلوب الجنائى . فليس من المعقول الإلتجاء اليه لتحقيق هذه الغاية فى الوقت الذى تحد الدول المتمدينة من الإعتصام بـه ، وتقلع عن اتباعه بالنسبة لجرائم عديدة لاتنكر خطورتها [٣] . حقا إن سلوك هذا السبيل أضحى مذموما لضمان تنفيذ الأحكام ؛ لأنه يكشف عن ادارة فى حاجة إلى تقويم سلوكها بسيف العقاب ، وإرهابها بسلاح التجريم مثلها كمثل

---

(١) د. حسن السيد بسيونى : دور القضاء فى تنفيذ أحكامه الإدارية ومدى فعاليته . مجلة المحاماة . العددان الخامس والسادس . السنة الثانية والستون . مايو ويونيه ١٩٨٢. ص : ٣٢ .

(٢) د. حسن السيد بسيونى : المرجع السابق . ص : ٣٢ .

(٣) انظر فى ذلك :أ. د رمسيس بهنام : علم مكافحة الإجرام . اسكندرية . منشأة المعارف ١٩٩١. ص : ٣٧٧.

الخارجين على القانون فى الوقت الذى يتوجب عليها أن تكون مثــلا لاحــترام الشرعية ، وقدوة فى المسارعة الى تنفيذ أحكام القضاء دون خشية من العقـاب وسطوته باعتبار ذلك شرطا لازما لأن تحوز ثقة المواطنين ، وأساسا لحســن قوامتها على مصالحهم .

(٢) عدم جدوى الوسائل غير القضائية :

١٢ – نظم المشرع الفرنسى وسيلتين للقضاء على عنــت الإدارة فــى التنفيذ هما : قسم التقرير والدراسات ، والوســيط Mediateur . ويبــدو أن انحسار الصفة القضائية عنهما ، رغم أن قسم التقرير والدراسات يعــد أحــد أقسام مجلس الدولة ، جعلت بعض الفقهاء يصفها بالوسائل الوديــة (١) . وهــو وصف يحمل على الظن فى فاعليتها فى تحقيق تلك المهمة . لــنرى اذن قــدر نصيب هذا الرأى من الصحة أو التخطئة .

(أ) قسم التقرير والدراسات :

١٣ – بموجب اللائحة رقم ٧٦٦ لسنة ١٩٦٣ الصادرة فى ٣٠ يونيــه ١٩٦٣ ، والمعدلة بمقتضى مرسوم ٢٨ يناير ١٩٦٩ ، ورقم ٩٠٥ لسنة ١٩٨٨ الصادر فى ٢١ سبتمبر ١٩٨٨ ، والمعدل فى ١٥ مايو ١٩٩٠ ولائحة ٣ يوليه ١٩٩٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة ، أنشأ هذا القسم ، ونظمت وفقا لنصوصــه اختصاصاته بشأن تنفيذ الأحكام الإدارية . فوفقا للمادة ٥٩ منه يكون للمحكــوم له بعد انقضاء مدة ستة اشهر من اعلان الحكم الى الإدارة – مع مراعاة عــدم التقيد بهذا الميعاد فى حالة الإستعجال خاصة حالة ما إذا كان الحكــم صــادرا بوقف تنفيذ القرار المطعون عليه بالإلغــاء – ودون تنفيذهــا لــهذا الحكــم ، الإلتجاء إلى هذا القسم بقصد تذليل العقبات الإدارية التــى تحــول دون ذلــك . ويتولى القسم فحص الطلب ، وله فى سبيل تأدية مهمتــه الإتصــال بــالوزير

---

(١) CHABANOL (D.) : La paratique du contentieux administratif devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. Paris. Litec. 2e édition. 1992. P.216

المختص ، وإحاطته علما بموقف الجهة الإدارية التابعة له الممتنعة أو المتراخية فى التنفيذ . ويحق للوزير وفقا للمادة ٥٨ من ذات المرسوم أن يطلب من القسم أن يوضح للجهة الإدارية المعنية كيفية تنفيذ الحكم ، والخطوات اللازمة لوضعه موضع التطبيق العملى . وفى هذه الحالة يكون لرئيس القسم أن يخطر بذلك رئيس القسم القضائى بمجلس الدولة أو رئيس المحكمة الإدارية أو رئيس محكمة الإستئناف الإدارية التى اصدرت الحكم . وأخيرا يلتزم قسم الدراسات بنشر تقرير سنوى عن أعماله ، وماتم تنفيذه من أحكام ، وما رفض تنفيذه منها مع ذكر الجهات الإدارية الممتنعة عن التنفيذ وأسبابه (١).

وعلى قدر محاولة المشرع تفعيل دور قسم التقرير والدراسات بشأن تنفيذ الأحكام الإدارية إلا أن اجماع الفقهاء الفرنسيين يكاد ينعقد على عدم فاعلية هذا الدور لعدة أسباب : فمن ناحية أنه غير مقترن بأية جزاءات تكفل لما يتخذه من اجراءات الفاعلية ، إذ كل مايملك اتخاذه حال عدم امتثال الإدارة له ، هو أن ينشر أنباء ذلك فى تقريره السنوى بمجلة مجلس الدولة " دراسات ووثائق" ، ومن المعلوم أن الإكتفاء بالنشر لايمكن أن يعد جزاء يحمل الإدارة على الإمتثال لما اتخذه . حتى ولو فرض أن له وصف الجزاء ، فهو جزاء غير رادع لايمكن أن يجبر الإدارة على التنفيذ ، وهذا ما أثبته الواقع فعلا (٢). ومن جهة ثانية أن القسم لايملك توجيه أوامر للإدارة بالتنفيذ تلتزم بعمل مقتضاها ، وإنما مايصدره لايعدو أن يكون مجرد توصيات أو توجيهات لاترقى إلى مرتبة الأوامر الملزمة (٣) .

(ب) نظام الوسيط :

١٤ – أنشأ بمقتضى القانون رقم ٦لسنة ١٩٧٣ الصادر فى ٣ يناير

---

(١) DE BAECQUE (F.) : La commission du rapport et des études et l'exécution des décisions de justice. E.D. C.E. 1982. 1983. P.175.

(٢) DUGRIP (O.) : op. cit. P.12.

(٣) GUETTIER (ch.) : Execution des jugements. j.c. Ad. 1995. Fas. 1112. P.14 et ss.

١٩٧٣ والمعدل بالقانون رقم ٢١١ لسنة ١٩٧٦ الصادر فى ٢٤ ديسمبر ١٩٧٦ . وهو عضو برلمانى يقوم بدور الوسيط بين المحكوم له والإدارة ، يلجأ اليه لإجبارها على تنفيذ حكم رفضت أو أهملت فى تنفيذه [١] .

ولقد نظم المشرع طريقة عمله ، فتطلب توافر ثلاثة شروط لطلب وساطته : أولها أن يكون الحكم المطلوب تنفيذه صادرا من جهة قضائية سواء كانت قضاء عاديا أم اداريا . والآخر أن يكون الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى به ، أى لايكون قابلا للطعن بطرقه العادية ، وإن كان يقبل الطعن بالطرق غير العادية كالإلتماس بإعادة النظر والنقض . وأخيرا يجب أن يتقدم المحكوم له بطلب وساطته [٢] . وإذا كانت سلطات الوسيط تفوق فى هذا الشأن سلطات قسم التقرير ، إذ أنه يستطيع توجيه أوامر الى الإدارة بضرورة التنفيذ، وله أن يحدد لذلك مدة زمنية معينة ، إلا أنه نادرا مايستعملها لدرجة أنها لم تمارس إلا مرة واحدة عام ١٩٩٠ [٣] . وحتى على فرض تعدد ممارسته لتلك السلطات فإنها تكون عديمة الفاعلية ، إذ تظل عاجزة عن تحقيق هدفها فى اجبار الإدارة على التنفيذ . ومرجع ذلك إلى أنها لم تقترن بجزاءات يمكن أن يوقعها على الإدارة حال عدم الإمتثال لها [٤] . إذ أن كل مايستطع فعله أيضا أن ينشر فى تقرير سنوى خاص به فى الجريدة الرسمية عن نكوص الجهة المعنية بتنفيذ الحكم ، ورفضها الإمتثال لأوامره بهذا الشأن [٥] .

وحتى لو فرضنا جدلا أن تلك الوسيلة تقترن بجزاءات تقلل من دورها ،

---

(١) LE CLERCQUE (J) et autre : droit administratif. Paris Litec. 1992. P. 59.

(٢) BRAIBANT (G.) : Les rapports du mediateur A.J. 1977. P.283.

(٣) THOUROUDE (J.J.) : op. cit. P. 159.

(٤) DUPUS (G) et autre : Droit administratif. Paris. Armand Colin. 3e édition. 1991. P.52.

(٥) DE LAUBADERE (A) et autres: Traite de droit administratif. Paris L.G.D.J. 14e édition. 1996. T.I.P. 452.

فإن مايقدح فى أثرها ، ويضعف من شأنها ما تستلزمه من وقت وما تتطلبه من اجراءات ومداولات بين الجهة المعنية وبين الوسيط بشـــأن التفــاوض حــول امكانية التنفيذ وطريقته . وهذا بالقطع يتعارض مع مقتضيات حــق المتقــاضى فى عدالة سريعة . ويبدو أن هذا ما أفضى بالفقه الى أن يحسم رأيـــه بشـــأنها معتبرا اياها وسيلة غير فعالة فى حمل الإدارة ولو كرها على احـــترام حجيــة الأحكام الإدارية [1] .

المشرع والأخذ بنظام الغرامة حلا لمشكلة تنفيــذ الأحكام الإداريــة:

١٥ - مثل بقاء المبادئ السابقة ، كما كان لقصور السبل السالفة فـــى حمل الإدارة على تنفيذ مايصدر فى مواجهتها من أحكام ، دافعا قويا للمشــرع الى الأخذ بفكرة الغرامة التهديدية ، ولأول مرة ، لكفالة تنفيذ هذه الأحكــام[2]. ليحقق رغبة حتى رجال القضاء الإدارى أنفسهم الذيــن طــال – كمــا يقــول المستشار بريان – تطلعهم ليوم يتدخل فيه القانون الإدارى بفاعلية فـــى تنفيــذ أحكامه [3] . أو كما يقول رجال الفقه : أن يغلق القاضى الإدارى قوسا قد فتحــه بنفسه منذ نهاية القرن الماضى [4] . وتطبيقا لذلك صدر القانون رقم ٥٣٩ لسـنة ١٩٨٠ فى ١٦ يوليه ١٩٨٠- استغرق إعداده ثلاث سنوات وثلاثة اشهر منــذ ايداع الحكومة لمشروعه فى ١٩ ابريل ١٩٧٧ ، وحتى صدوره فى ١٦ يوليــه ١٩٨٠ – لينص فى مادته الثانية على أن لمجلس الدولة ، فى حالة عدم تنفيــذ حكم صادر من القضاء الإدارى ، الحكم ، ولو بصفــة مباشــرة ، بغرامــة

---

(١) DEBASCH (ch) et RCCI ( ) : op. cit. P.627.
AUBY (J.M.) : op. cit. P. 584.
DELVOLVE (P.) : op. cit. P.111.

(٢) BURKI (E.P.) : Gestion d'une loi avortée : quelques remarques a propos du projet de la loi relative aux astreintes prononces en matière administrative. R. Ad. 1979. P.40.

(٣) BRAIBAN (G.) : Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir. E.D.C.E. 1961 p.53.

(٤) MODERNE (F.) : Etrangère aux pouvoirs du juge l'injonction ? pourquoi le serait – elle . R.F.D. Ad. 1990 . p. 798.

تهديدية على الأشخاص الإعتبارية العامة ، بقصد ضمان تنفيذه [١] . ثم صدرت لائحته رقم ٥٠.١ لسنة ١٩٨١ فى ١٢ مايو ١٩٨١ لتضع الإجراءات اللازمة لتطبيقه ، بما تضمنته مادتها الرابعة التى أدخلت ، لهذا الغرض ، المواد من ٥٩/١ الى ٥٩/٥ فى اللائحة رقم ٧٦٦ لسنة ١٩٦٣ الصادرة فى ٣٠ يوليه ١٩٦٣ بشأن تسيير وتنظيم مجلس الدولة [٢] .

وبرغم الدوى الهائل لهذا القانون كان عرضة لعدة انتقادات من أبرزها مايلى :

(أ) قصور سريانه على الأحكام الصادرة ضد أشخاص القانون العام فحسب دون غيرهم من أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام . وهو قصور أفضى بلا مبرر قانونى الى خروج طائفة كبيرة من الأحكام الإدارية من الخضوع لنظام الغرامة ، وحرمانها بالتالى من ضمانة تنفيذها بسرعة وفاعلية . وهذا على الرغم من تماثل هذه الأشخاص مع الأشخاص العامة من حيث طبيعة ما تنشغل به ، وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة ، فهى تقوم بإدارة مرفق عام مستخدمة فى ادارته أساليب القانون العام الأمر الذى يفضى إلى اعتبارها جزءا من الإدارة [٣] . ويؤدى – تحقيقا لهذا المعيار المزدوج – إلى سريان نظام الغرامة على مايصدر فى مواجهتها من أحكام قدر سريانه على تلك الصادرة ضد أشخاص القانون العام [٤] .

(ب) ركز المشرع الإختصاص بالحكم بالغرامة فى يد مجلس الدولة ، فجعل له وحده الإختصاص الإستئثارى بكفالة تنفيذ كافة الأحكام الإدارية . وهذا ترتب عليه حرمان المحاكم الإدارية ، ومحاكم الإستئناف الإدارية

---

(١) D. 1980 : législation. P.286.

(٢) D.1963. législation. P.290

(٣) RIVERO (J) et WALINE (J) : op. cit. p.205.

(٤) DAHER (A.) : La faillite de facto-de la loi sur les astreintes administratives. R.Ad. 1992. No. 269 p. 409.

من حقها فى ضمانة تنفيذ أحكامها بغير مبرر . بل إن هذا يخالف السياسة التشريعية التى انتهجها فى تنظيم الغرامة فى الأحكام المدنية بمقتضى القانون رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٧٢ الصادر فى ٥ يوليه ١٩٧٢ بشأن اصلاح المرافعات المدنية . إذ اعترف فى مادته الخامسة لكل محاكم القضاء العادى سلطة الحكم بالغرامة التهديدية لضمان تنفيذ ماتصدره من أحكام (١) . فارتد بلا مبرر للتمييز عن هذا النهج بخصوص الأحكام الإدارية . هذا إلى أن استئثار المجلس بسلطة الحكم بالغرامة يزيد من أعبائه القضائية ، إذ تتعدد اختصاصاته بشكل ينوء بحمله . ففضلا على اعتباره قاض موضوع لبعض المنازعات ، فهو قاض طعن سواء كان استئنافا أم نقضا بالنسبة للمحاكم الدنيا ، وجهات القضاء الإدارى المتخصص . وهذا يكون مدعاة لتأخير الفصل فى طلبات الحكم بالغرامة مما يستتبع حتما تعطيل تنفيذ الأحكام ، الأمر الذى يتعارض مع الهدف من تطبيق نظام الغرامة فى هذا النطاق .

(ج) لايمكن الحكم بالغرامة إلا فى حالة عدم تنفيذ الحكم الإدارى . بمعنى أن الحكم بها لايتلازم مع الحكم الأصلى ، أى لايصدر مقترنا به مباشرة فور الطعن بهذا الأخير . وهذا على خلاف الوضع بالنسبة لقاضى الغرامة المدنية إذ أن له الحكم بها فى ذات الوقت الذى يصدر فيه الحكم الأصلى ، فيعد حكمه بها جزءا من منطوق هذا الأخير . ولعل هذا تفسير ماذهب اليه البعض من أن حكم الغرامة الإدارية على خلاف الغرامة المدنية . يمر بمرحلتين : مرحلة النطق بالحكم الأصلى ، ومرحلة الحكم بالغرامة . وهذه الأخيرة لايمكن تحقيق مقتضياتها إلا بعد ظهور عنت الإدارة أو رفضها تنفيذ الحكم الأصلى . وهذا أيضا يمثل خروجا من المشرع على ذات النهج الذى التزمه فى قانون ٥ يوليه

---

(١) CHABBS (F.) : la refôrme de l'astreinte (loi du 5 juillet 1972). D. 1972. P. 271.

١٩٧٢ (١) .

(د) عدم اعتراف المشرع فى هذا القانون للقاضى الإدارى بسلطة توجيه أوامر تنفيذية les injonctions d'exécution – آثرنا أن نطلق عليها الأوامر التنفيذية تمييزا لها عن أوامر التنفيذ المعروفة فى نطاق قانون المرافعات – يستلزمها تنفيذ حكمه . وهذا يجعل دور الغرامة فى تحقيق هدفها محدود الفاعلية ، إذ كما أن الغرامة سبيل للإجبار على تنفيذ الحكم الإدارى ، فإن الأوامر أيضا تمثل طريقا منتجا لتسيير هذا التنفيذ. بل إن اقرار الغرامة يعد فرصة قانونية للإعتراف للقاضى بسلطة توجيه الأوامر حتى لايبقى ثغرة للتذرع بأن الحظر المفروض عليه بألا يوجه تلك الأوامر سببه أنه لايملك وسائل الإجبار على تنفيذها.

إذ أن الغرامة تمثل فى هذه الحالة اداة فعالة لا لفرض تنفيذ الحكم الأصلى فحسب ، وإنما أيضا لما يصدر من أوامر يستوجبها تنفيذه . وهنا تبدو معالم وظيفة جديدة للغرامة فلا تكون السبيل لفرض احترام الأحكام المجردة فحسب ، وإنما أيضا وسيلة للإجبار على تنفيذ مايرتبط بها من أوامر تنفيذية (٢) . ولعل هذا مايفسر قول بعض الفقهاء من أن هناك علاقة وطيدة بين الغرامة والأوامر : فالأولى وسيلة أساسية لضمان احترام الثانية ، فالقاضى حتى يضمن عصيان أوامره ، عليه أن يقرن منطوق حكمه حكما بالغرامة توقع حال رفض الإمتثال لها (٣) .

وتفاديا للإنتقاد الأول صدر القانون رقم ٨٥٥ لسنة ١٩٨٧ فى ٣٠ يوليه

---

(١) BON (P.) : un progrés de l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1985 relative aux astreintes en matiere administrative et a l'execution des jugements par la puissance publique. R.D.P. 1981. P.5.

(٢) GOURDOU (J.) les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'ingenction et d'astreinte. R.F.D. Ad. 1996. P. 333.

(٣) RIVERO (J) et WALINE (J) : droit administratif Paris, Dolloy, 16e édition. 1996. P.203.

١٩٨٧ ، فأضاف الى المادة الثانية من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ فقرة جديدة بمد نظام الغرامة الى الأحكام الصادرة فى مواجهة الأشخاص الإعتبارية الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام ، وتطبيقا لذلك صدرت اللائحة رقم ٣٣٦ لسنة ١٩٨٨ فى ١١ ابريل ١٩٨٨ معدلة للائحة تطبيق هذا القانون رقم ٥٠١ لسنة ١٩٨١ (١) .

ثمان سنين مضت على هذا التعديل حتى صدر القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥ فى ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن الهيئات القضائية والمرافعات المدنية والجنائية والإدارية الذى أجرى اصلاحا قضائيا لم يعرف القضاء الإدارى مثيلا له فى تاريخه . يكفى أنه أهدر الحظر المضروب على القاضى الإدارى الفرنسى فى توجيه أوامر للإدارة ، فضلا عن تفاديه الإنتقادات الأخرى الموجهة إلى تشريع الغرامة . وتجلت مظاهره الإصلاحية فى عدة أمور نذكر منها ثلاثة : أولها أنه اعترف لمحاكم القضاء الإدارى : مجلس الدولة ومحاكم الإستئناف الإدارية ، والمحاكم الإدارية بسلطة توجيه أوامر للإدارة يستلزمها تنفيذ أحكامه . وفى بحثه لدستورية هذا القانون أكد المجلس الدستورى أن الإعتراف للقاضى الإدارى بسلطة توجيه هذه الأوامر لايعد خرقا لمبدأ فصل السلطات ، وإنما هو من مقتضيات تفعيل دوره فى تنفيذ مايصدره من أحكام على نحو يستوجبه مبدأ خضوع الدولة للقانون ، مما يؤكد عدم تعارض ذلك مع أى نص دستورى (٢) . والآخر أنه منع تركز سلطة الحكم بالغرامة فى يد مجلس الدولة فأعطى للمحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية هذه السلطة لضمان تنفيذ أحكامها . فأصبح اختصاص مجلس الدولة مقصورا على الحكم بالغرامة لضمان تنفيذ الأحكام التى يصدرها ، وتلك الصادرة عن جهات القضاء الإدارى المتخصص . والأخير اعترف لتلك المحاكم بالحق فى الحكم

---

(١) D. 1987 Législation. P.333.

(٢) C.C 2 fevrier 1995. J.C.P. 1995 – 3 – 67295.

بغرامة تهديدية لضمان تنفيذ أمرين : الأحكام الصادرة عنها ، والأوامر التنفيذية الصادرة عنها لتنفيذ هذه الأحكام [1] .

إذن بمقتضى المادة ٦٢ من هذا القانون أضيف الفصل الثامن فى الباب الثانى من الكتاب الثانى من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية بعنوان : تنفيذ الأحكام . ويشمل ثلاث مواد : ٢/٨ ، ٣/٨ ، ٤/٨ اعترف بمقتضاها لتلك المحاكم بالسلطات السابقة ، أما المادة ٧٧ من ذات القانون فقد أدخلت على قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ مادة جديدة برقم ١/٦ التى أعطت مجلس الدولة ذات السلطات آنفة البيان [2] .

خطـــة البحـــث :

١٦ - بتلك القوانين أسس المشرع بنيان نظام الغرامة التهديدية . غير أن الممعن نظرا فى صياغة بعض نصوصها يتبدى له أنها لم تأت بإجابة وافية عن كل ماقد يعتمل فى ذهن الباحث أو المطبق من تساؤلات يتحدد على ضوئها تفصيلا نظام الحكم بها ، أو يتجلى على اساسها معالمه الإجرائية كلية . ربما كان مرد ذلك الى جدة التنظيم التشريعى لهذا النظام ، فانفلت منه ماكان حريا أن يتضمنه ، أو مرجعه إلى أن المشرع غلبته عادته فى المواد الإدارية، إذ صعب عليه أن يعرض بأحكام تفصيلية لما يستلزمه تطبيق ما ينظمه أو مايواجه به فى الواقع ماينشأ من حادثات مستقبلة . رب عذره أن الأمر يفوق حد الإستطاعة ، إذ مهما تناهت دقته ، وبلغ قدر حدسه بمجريات المستقبل لايمكنه أن يفصل لكل ذلك بدقة مايخصه من أحكام . ومن هنا يكون القاضى أفعل على مواجهة ذلك منه ، فهو بحكم اتصاله المستمر بمنازعات الإدارة أقدر على أن يتصدى بحكم ملاءم لما قد يستجد من واقعات عجز النص عن الإحاطة بها ، أو يضع من الضوابط مايحد من اطلاق النصوص اطلاقا

---

(١) J.O. 9 fevrier 1995. P. 2175.

(٢) صدرت لائحة تطبيق هذا القانون رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥ فى ٣ يوليو ١٩٩٥.
J. O. 6 juillet 1995. P. 10127.

يجردها من قيمتها أو يخرجها عن ارادة المشرع . والقاضى هنا لايبتدع متحللا من كل قيد ، ولا يبتكر متحررا من سلطان المشرع . وإنما يعمل فى فلكــــه ، وفى نطاق تفهمه لروح ماشرعه . معبرا بما أتاه عن إرادته الضمنيـــة مغلبــا إياها عما عداها [١] .

إنه الدور الإنشائى الذى قاد مجلس الدولة ليساهم مع المشرع فى صياغة نظام الغرامة واضعا فى ضوء تفهمه لتشريعها من الضوابط مــــاخصص بــه عمومه ، وقيد مطلقة ، تخصيصا يجلو جانبا من شروط انطباقـــه ، وتقييــدا يبين عن معالمه الإجرائية . مستهدفا بذلك تحقيق ذات الإعتبارات التى حــرص المشرع على تأكيدها : ألا تسئ الإدارة بسلطتها الى الأحكام فتهدر حجيتـــها ، وألا يتخذ المتقاضون من الغرامة سبيلا للإثراء بغير سبب على حسابها [٢].

وإن شئنا – استهداء بذلك جميعه – أن نضع تنظيما يلملم شعث تفـــرق هذا النظام على نحو ييسر البحث فيه ، فإنه يمكن القول بأن أصوله تتضامم الى بعضها فى نسق يمكن من خلاله تصنيفها الى نوعين : شروط لازمـــة للحكـم بالغرامة ، واجراءات واجبة الإتباع للحكم بها . وما يدعم قناعتنا بتلازمــــهما قضاء مجلس الدولة المتواتر على أن قيام احدهما لايكفى بمجرده للحكم بـــها ، وإن كان يستوجب – تحقيقا لهذا الغرض – توافره .

لنرى اذن تفصيل ماقد سلف من خلال الفصلين التاليين :

١ – شروط الغرامة التهديدية .

٢ – اجراءات الغرامة التهديدية [٣] .

---

(١) RIVERO (J): Juge administratif : un juge qui gouverne. D. 1951. P.21.

(٢) GERBERT (M.) : Rapport au non de la commission des lois- Ass. Nat. 1977- 1978. Séance du 17 mai. 1977. P. 4 et ss.

(٣) ليعذرنا القارئ فى ندرة مايجده من مراجع عربية ، إذ أن هذه أول دراسة لــــهذا الموضوع – فى حدود مانعلم – فى الفقه العربى ، فى نطاق المرافعات الإدارية.

الفصل الأول

شروط الغرامة التهديدية

تمهيـــــــــد :

١٧ – في صياغة عامة جاء نص المادة الثانية من قانون الغرامة – قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠– على أن لمجلس الدولة ، فى حالة عدم تنفيذ حكم صادر عن القضاء الإدارى ، الحكم ، ولو مباشرة ، بغرامة تهديدية على الأشخاص الإعتبارية العامة أو الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام ، بقصد ضمان تنفيذه . غير أنه بصدور قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ خصص عموم هذا النص ، اذ نصت مادته السادسة والسبعون على عدم تطبيقه فى الحالات المنصوص عليها فى المادتين ٨/٣ ، ٨/٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية .

وعلى نحو ماتنص عليه المادة ٨/٣ من التقنين يكون للمحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية أن تقضى فى ذات الحكم الذى تصدره ، بغرامة تهديدية ، بناء على طلب الخصم صاحب الشأن ، لكفالة تنفيذ ماتوجهه من أوامر يستلزمها تنفيذه وفقا للمادة ٨/٢ من التقنين . وبالرجوع الى المادة ٨/٢ المشار اليها ، نجد أنها تنص على أنه إذا اقتضى تنفيذ الحكم الصادر من المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية أن يتخذ الشخص الإعتبارى العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قرارا معينا ، أو اجراء محددا فإنه يكون على المحكمة التى اصدرته وبناء على طلب محدد باتخاذ هذا القرار أو الإجراء، أن تأمر فى ذات حكمها باتخاذه . ولها – عند الإقتضاء – تحديد مدة يجب اتخاذه خلالها ... أما إذا كان تنفيذ الحكم يقتضى أن يتخذ الشخص العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قرارا آخر بعد تحقيق جديد يجريه لهذا الغرض ، فإن للمحكمة مصدرة الحكم ، إذا طلب منها ذلك صراحة ، أن تأمر فى ذات حكمها باتخاذ هذا الإجراء خلال مدة محددة .

أما المادة ٨/٤ من ذات التقنين فإنها أتت بأحكام مغايرة فى هذا الشأن ، إذ نصت على أنه للمحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ، فى حال عدم تنفيذ حكم قطعى définitif صدر عنها ، وبناء على طلب الخصم ذى الشأن ، أن تأمر فى ذات الحكم باتخاذ مايلزم لتنفيذه ... فإذا لم يحدد الحكم

الإجراءات اللازمة لهذا التنفيذ ، فإنه يكون للمحكمة المختصة تحديدها ، وتعيين المدة التى يتم التنفيذ خلالها ، فضلا عن الحكم بغرامة تهديدية لضمان هذا التنفيذ .

والنصوص السابقة ، قدر تعددها ، وتنوع ماتحمله متونها من أمور بعضها موضوعى ، وبعضها الآخر إجرائى ، على نحو ماسنفصل لاحقا ، تشير إلى مسألتين تدور حولهما شروط الحكم بالغرامة : الحكم الإدارى غير المنفذ ، وواقعه الإخلال بتنفيذه . غير أن المتأمل فيها ، فى نطاق هاتين المسألتين ، يلحظ أنها فرغت من تفصيل ما أجملت من تلك الشروط على نحو يصعب معه الوقوف مثلا على ماهية الحكم المقتضى ضمان تنفيذه تفصيلا ، أو معرفة ماينبغى توافره فى الإخلال بالتنفيذ حتى يكون مسوغا قانونيا للتهديد المالى .

وإذا كانت ثمة صعوبات تعترض تطبيقها لاتسعف النصوص لحسمها ، فإن مجلس الدولة أخذ على عاتقه تذليلها منطلقا من إرادة المشرع فى أن يجتهد الرأى لسد ماعترى النص من نقص يعوق سريانه ، أو ينحرف به عن غايته . وهى إذن ، على أية حال ، وعلى حد تعبير البعض " رغبة يستر المشرع بها السلطة الإنشائية التى يعترف بها للقاضى الإدارى [1] .

يحسن بنا اذن ، وعلى ضوء هذا البيان ، أن نعرض للشروط المتعلقة بالحكم الإدارى غير المنفذ فى مبحث أول ، قبل أن نفصل الحديث عن الشروط المتصلة بالإخلال بتنفيذه .

---

(١) أ.د. طعيمة الجرف : القضاء مصدر انشائى للقانون الإدارى . مجلة ادارة قضايا الحكومة . السنة السادسة . العدد الرابع . اكتوبر – ديسمبر ١٩٦٢. ص: ١٦.

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بالحكم الإدارى

تمهيـــــد :

١٨ - أحدث التعديل الذى أجرى على قانون الغرامة التهديديـــة عـام ١٩٩٥ مغايرة فى الشروط المقتضى توافرها فى الحكم الإدارى غير المنفـــذ ، بعد أن توحدت أيام كان يمثل الأساس القانونى الوحيد لتحديد شـــروط انطبـاق نظام الغرامة التهديدية . إذ أن قانون ١٩٩٥ أنشأ نوعا جديدا من الأحكام لـــم تكن مألوفة من ذى قبل ، نعنى بها الأحكـــام المرتبطـة بـأوامر تنفيذيـة ، واستلزم أن تتوافر فيها عدة شروط حتى يمكن أن يضمن تنفيذها بالتهديد المالى .

وإزاء هذا الوضع صار هناك نوعان من الشروط : شروط عامـة لازم توافرها فى جميع الأحكام، إذ لاترتبط بنوع محدد منها ، يحكمها نص المـــادة الثانية من قانون الغرامة . وشروط خاصة تقتصر فى سريانها علـى الأحكـام المرتبطة بأوامر تنفيذية فحسب ، تتطلبها المواد ٣/٨ ، ٤/٨ من التقنين ، ١/٦ من قانون الغرامة .

واتباعا لذلك نتناول فى مطلب أول الشروط العامة للحكم الإدارى ، ثـم للشروط الخاصة له فى مطلب ثان .

المطلب الأول

شـــروط الحكم الإدارى العامة

تحديد وتقسيم :

١٩ - ذكرنا أن المشرع حين عرض فى المادة الثانيـــة مـن قـانون الغرامة للحكم الذى يجبر على تنفيذه بالغرامة التهديدية ، لم يفصح ببيان عما به

يتحدد ، كل ماهناك أنه حدده عضويا بجهة اصداره ، فأماط اللثام بذلك عن أول شرط تطلبه ، وهو أن يكون الحكم اداريا . غير أن المشرع بذلك الشرط حدد طبيعة الحكم العضوية وغفل عن بيان طبيعته الموضوعية . وقد ترتبت على ذلك آثار حاصلها الإرتباك فى تطبيق النص ، ومظهرها كثرة الطلبات التى قدمت إلى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية عن عدم تنفيذ قرارات صادرة عن المحاكم تنحصر عنها صفة الحكم القضائى بمعناه الدقيق . ولعل هذا مايفسر كثرة أحكام الرفض التى اصدرها المجلس فى هذه الطلبات لدرجة أن أول حكم صدر عنه بالحكم بغرامة تهديدية كان عام ١٩٨٥ ، فى قضية Mme Menneret أى بعد خمس سنوات من صدور قانون الغرامة [١] . إذ أن عبارة (decision) التى جاء بها النص فسرها البعض تفسيرا شموليا ، فذهب الى أنها تشمل كل مايصدر عن القضاء الإدارى أحكاما كانت أم غير أحكام [٢]،[٣]. بينما قصرها البعض الآخر علي ماكان لـه وصف الحكم بمعناه القانونى . وكان لكل وجهته وحجته . فأنصار الرأى الأول كانت حجتهم أن هذا الإصطلاح الذى جاء فى صدر النص يحمل على العموم ، ولايمكن تخصيصه وقصره على الأحكام فحسب إلا بنص تشريعى وإلا عد ذلك افتئاتا على إرادة المشرع . هذا الى أن المشرع لو اراد قصره على مايصدق عليه وصف الحكم فحسب لما منعه شئ أن يذكره . أما دعاة الرأى الآخر فسندهم أن تطبيق النص مقصور على الأحكام فحسب يتفق مع روح قانون الغرامة ، ورغبة المشرع الماثلة فى ثنايا نصوصه فى أن يتخذ الغرامة وسيلة لضمان احترام الأحكام ، نزولا على مقتضى ماتتمتع به من حجية . ولما كان لايتمتع

---

(١) C.E 17 Mai 1985. Mme Menneret. Rec: p. 149 . R.F.D. Ad. 1985 p.842 Concl: Pauti. J.C.P.1985. 2. 20448 Note: Morand –deviller.

(٢) انظر فى التفرقة بين طبيعة اعمال القضاء : أ.د. أحمد مليجى : نظام الولاية القضائية والإختصاص القضائى . القاهرة . دار النهضة العربية . ١٩٩٣. ص: ١٤ وما بعدها .

(٣) BARADUG. BENABENT (E) : L'astriente en matiére administrative (la loi du 16 juillet 1980).D. 1981 P.95.

بتلك الحجية الا ماصدق عليه وصف الحكم من بين قرارات القضاء ، فإن هذا يكون مدعاة الى القول بأن النص ينصرف اليها وحدها [١] . ومن جهة أخرى لايمكن ، فى منطق الرأى ، أن يتخذ من كلمة (decision) حجة تدعم رغبة المشرع فى تعميم سريان النص . اذ أن هذا الإصطلاح فى فقه المرافعات الإدارية – كما عليه الوضع فى المرافعات المدنية – لايعنى إلا حالة وصف الحكم عما يصدره القضاء الإدارى ، إذ هو اصطلاح جامع لأحكامه . يشمل تلك الصادرة عن المحاكم الإدارية ويطلق عليها jugements ، أو مايصدر عن محاكم الإستئناف الإدارية وأحكام مجلس الدولة ويطلق عليها arrêts [٢] .

وإذا قيل خروجا من هذا الخلاف أن الحكم بالغرامة محصور فى نطاق ماانطبق عليه وصف الحكم فحسب ، فإن هذا يعترضه خلاف فقهى قائم حول مفهومه بين اتجاه ينزع إلى التوسع فيه ، يرى دعاته " أخذا بالمعيار العضوى ، أنه معنى يستغرق كل ماتصدره المحاكم من قرارات حتى ماصدر منها بصفتها الولائية . وآخر يقصر معناه ، اعتدادا بالمعيار الموضوعى " على ماتصدره بمقتضى وظيفتها القضائية حاسما لخصومة فى موضوعها أو مسألة متفرعة عنها [٣] .

وإذا كان للرأى الأخير الغلبة فى حسم النزاع ، وأن المنصرف اليه النص هو الحكم بالمفهوم الذى أورده أنصاره ، فإن هذا يثير بدوره تساؤلا جديدا يرتبط أيضا بنوعه : أيسرى النص على الأحكام المنشئة أو المقررة أم أحكام الإلزام فحسب باعتبارها الوحيدة من الأحكام التى تقبل التنفيذ ؟ .

---

(١) KINGUE (N): la loi du 16 juillet 1980.dix ans après contribution à L'élaboration d'une théorie de l'astreinte. L.P.A. 7 fevrier 1990. p. 12.

(٢) RIVERO(J.) et WALINE (J.) : op. cit. p. 192.

(٣) انظر فى ذلك : أ. د. محمود هاشم : قانون القضاء المدنى . " التقاضى أمام القضاء المدنى " القاهرة . دارالبخارى للطباعة . ١٩٨٩ . الجزء الأول . ص: ٣٧٦ .

تصدى مجلس الدولة لهاتين المسألتين مجليا بما تواترت عليه أحكامه معالم شرط آخر للحكم يتحدد على ضوئه طبيعته الموضوعية ، كاشفا من خلاله عن لزوم أن يكون حكما قضائيا حقيقيا صادرا بإلزام .

صفوة القول إذن أن الشروط العامة للحكم تدور حول طبيعته سواء من الناحية الموضوعية ، فيتوجب وفقا لها أن يكون حكما قضائيا بإلزام ، أو من الناحية العضوية فيلزم تبعا لها أن يكون حكما إداريا . على تفصيل نعرض له فى فرعين متتاليين .

الفــرع الأول

وجوب أن يكون حكما قضائيا بإلزام

٢٠ - قوام هذا الشرط اذن أمران : أولهما أن يكون حكما قضائيا بالمعنى الحقيقى لهذا الإصطلاح ، أما الآخر فمؤداه أن يكون حكما بالإلزام jugement de condamnation .

أولا : ضرورة أن يكون حكما قضائيا حقيقيا :

٢١ - قضائية الحكم فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ليست مجرد وصف يبين عن طبيعة الجهة التى أصدرته ، وما إذا كانت لها ولاية الحكم من عدمه فحسب ، وإنما هى أيضا صفة ملازمة له تكشف عن الأثر المترتب عليه موضوعا . ولذا فإنه من هذه الناحية لايعدو أن يكون قرارا صادرا عن جهة اختصها القانون بولاية اصداره ، بمقتضى سلطتها أو وظيفتها القضائية juridiction contenteuse تتحسم به خصومة أو نزاع معروض عليها (١)
لنرى إلى أى مدى التزم مجلس الدولة هذا المفهوم ، فيما عرض عليه من طلبات للحكم بغرامة تهديدية ، وماترتب على المفهوم ذاته من تساؤلات :

---

(١) PAUTI (J.) : conclusions sur C.E 17 mai 1985. Mme Mennert R.F.D. Ad. 1985 p.842.

(١) الأوامر الصادرة بمقتضى الإختصاص الولائى :

٢٢ - من أبرز هذه القرارات الأوامر على عرائــض ordonnances sur requete وهى تصدر من رئيس المحكمة بناء على طلب أحد المتداعين فى غيبة الآخر . وسواء قدمت اليه بصفة اصلية ، أى دون اتصالها بنزاع قــائم - كالأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية - أو كانت تابعــة لدعــوى مقامــة أمــام المحكمة - كالأمر بتقدير مصاريف الدعوى ، أو أوامر تقدير أتعاب الخــبرة - لاتعد حكما قضائيا [١] .

حقا إنها تصدر عن جهة لها ولاية الحكم . ولكنها لم تتخذهــا بموجــب وظيفتها القضائية ، وإنما تكرمــا منــها ، بمقتضـــى اختصاصــها الولائــى juridiction graciause . ولذا فإنها لاتحسم خصومة ، ولاتنهى نزاعا ســواء فى موضوعه أو ماتفرع عنه . ويبدو أن هذا ماأفضى بمجلــس الدولــة إلــى رفض طلب الحكم بغرامة تهديدية للإجبار على تنفيذ أمر تقديــر ordonnance de taxe صادر من رئيس محكمة ادارية لرسوم الخبرة [٢] .

وعلى قدر تحقيق هذا الحكم لهذا المفهوم ، إلا أنه - فى رأينا - منتقــد؛ وذلك لأن الأوامر على عرائض تعد من الأمور الوقتية التى تــبرر الضــرورة اتخاذها [٣] . وهذا يجعلها تخضع للإستثناء الذى قرره المشـــرع فــى قــانون الغرامة بالنسبة لإجراءات الضرورة ، الذى أعفاها من شرط التقيد بميعاد تقديم طلب الحكم بالغرامة على نحو ماسيأتى تبعا ، ولعل هذا مايكشف بشكل غـــير مباشر عن رغبة المشرع فى خضوع كل ماكانت له ذات الطبيعة لنظام الغرامة التهديدية . ومن وجهة أخرى أن للأوامر على عرائض قـــوة تنفيذيـــة force exécutoire مما يجعلها قابلة للتنفيذ جبرا بقوة القانون . ولما كانت الغرامـــة

---

(١) أ.د. نبيل عمر : قانون المرافعات المدنية والتجارية . اسكندرية . دار الجامعـة الجديدة للنشر . ١٩٩٤. ص : ٢٦٣.

(٢) C.E. 10 avril 1996. Le Nestour . D.A. 1996. P. 233. Observ : G.G.

(٣) CHAPUS (R.) : Droit de contentieux administratif. Paris. Montchrestien 1990. p. 756.

تعد وسيلة للإجبار على تنفيذ مابطبيعته أو بقوة القانون يقبله . فإن المنطق يقضى بالإلتجاء إليها للإلزام بتنفيذها مثلها كمثل الأحكام القضائية فى هذا الشأن. ويبدو أن هذا المنطق هو الذى أفضى بالفقيه Auby إلى القول بأن الحكم بالغرامة يسرى على جميع ماله قوة تنفيذية مما يصدره القضاء حتى ولو كان لايتمتع بحجة أو قوة الشئ المقضى به [1] . ولاشك بأن هذا هو شأن الأوامر على عرائض .

(٢) الأوامر التى تتخذ بحكم الإختصاص الإدارى للقاضى :

٢٣ – ذكرنا أن الغرامة لاينطبق نظامها إلا على ما اتخذه القضاء الإدارى بحكم وظيفتها القضائية . وهذا يترتب عليه أن ماتتخذه بما لها من اختصاص ادارى ، ينحصر عنه وصف الحكم ، ولايمكن أن يجرى تنفيذه جبرا بالحكم بالغرامة . وعلى ذلك رفض دعوى تتلخص وقائعها فى أن السيد Lacroix كان موظفا بأحد المجالس المحلية ، غير أنه وعلى اثر ارتكابه مخالفة تأديبية ، قدرت الإدارة أن جسامتها تستأهل فصله من عمله . فما كان منه إلا الإلتجاء إلى المجلس الإقليمى الأعلى للوظيفة العامة – وهو جهة قضاء ادارى متخصص – الذى أفاد بأن الجرم المنسوب اليه يستحق فصله من الوظيفة لمدة عامين فحسب . طعنت الإداره فى رأى هذا الأخير أمام مجلس الدولة ، فما كان منه إلا أن رفض الطعن . على اثر ذلك قدم Lacroix طلبا إلى مجلس الدولة بالحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ ما انتهى اليه المجلس الإقليمى الأعلى للوظيفة العامة . ولكن مجلس الدولة رفض الطلب مؤسسا رفضه على سببين : أحدهما أن الطالب لم يقصد بطلبه كفالة تنفيذ حكم ادارى ، وإنما مجرد قرار ادارى صدر عن المجلس الأعلى ، اتخذه بحكم ماله من اختصاص ادارى ، ولم يصدره باعتباره جهة قضاء يحسم به منازعة مطروحة عليه [2] .

---

(١) AUBY (J.M.) : note sous C.E 17 mai 1985. Mme Mennert. D. 1985. P. 583.

(٢) C.E. 6 janvier 1995. M. lacroix. Rec: p. 990.

(٣) التسوية الودية للمنازعات الإدارية (أو الصلح) :

٢٤ – أحيانا تنحسم المنازعة الإدارية بطريق التسوية الودية أو الصلح transaction تعقده الإدارة مع أولى الشأن توقيا لإثارة ذات المنازعة أمام القضاء . ولكن يحدث أن تمتنع عن تنفيذه فهل يمكن اجبارها عليه بطلب الحكم بطرق تهديدية ؟

يبدو من آراء بعض الفقهاء تأييدهم فى الإجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب . وحاصل رايهم أن المشرع فى المادة ٢٠٥٢ من التقنين المدنى الفرنسى أضفى على الصلح الذى تنحسم به المنازعات حجية الأمر المقضى به، فسوى بذلك فى الحماية بينه وبين الأحكام القضائية ، لما يكون من أثره انطباق نظام الغرامة عليه انطباقها على الأحكام القضائية . ولكن لمجلس الدولة رأيا فى المسألة آخر ، يعكس من خلاله التزامه بتحقيق مفهوم الحكم آنف الذكر ، ولما كان الصلح يفقد – على الأقل – أحد عناصر هذا المفهوم ، وهو العنصر العضوى ؛ ذاك لأنه لايصدر عن جهة اختصت قانونا بولاية القضاء ، ويفقد فى ذات الآن شرط صدوره عن جهة قضاء ادارى ؛ لذا ينحصر عنه وصف الحكم الإدارى [١] . ولايسوغ أن يتخذ مما جاء فى التقنين المدنى بالإقراربالحجية للصلح مسوغا قانونيا على جريان نظام الغرامة عليه ، إذ أن النص المدنى عام وماورد فى قانون الغرامة خاص . والأصل أن الخاص يقدم على العام عند تعارضهما . ومن هنا لايسرى النص المدنى على نظام الغرامة إلا بدليل يصرفه عن عمومه اليها ، وطالما لاتوجد فلا محل لإعمالة فى نطاقها .

وتأسيسا على ذلك رفض مجلس الدولة طلب تقدمت به أحد الشركات للحكم بغرامة تهديدية لإلزام الإدارة على تنفيذ الصلح الذى أبرمته معها ،

---

(١) LONG (M.) : et autres : les grands arrêts de la jurisprudence administration. Paris Dalloz. 1996. p.706.

وقال مؤسسا حكمه ... أن عدم تنفيذ الأحكام الإدارية فحسب هو الذى يبرر طلب الحكم بالغرامة التهديدية على الدولة وفقا للمادة الثانية من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ ... ومن هنا لايحق للشركة طلب الحكم على الدولة بغرامة تهديدية بقصد اجبارها على تنفيذ الصلح المبرم بينهما حتى ولو كان هدفه توقى حدوث نزاع يدخل فى اختصاص القضاء الإدارى (١) .

وقد يعن للبعض أن يتساءل عما إذا كان الحكم يتغير إذا كان المخل بتنفيذه صلحا قضائيا ؟. أم أن اشراف القضاء على اجرائه يصبغه بوصف الحكم، ويعزى اليه تطبيق نظام الغرامة ؟. لم يتعرض مجلس الدولة لبحث هذه المسألة فى نطاق منازعات الغرامة حتى الآن . غير أنه يكفى تصور الحكم بشأنه على ضوء الوقوف على طبيعة الصلح القضائى مقارنة بالمفهوم الذى التزمه المجلس للحكم القضائى . فمن المعلوم أن الصلح القضائى رغم ما للقضاء من دور بشأنه إلا أنه دور لايضفى عليه وصف الحكم، فما يقوم به لايعدو أن يكون إثباتا لما انعقدت عليه إرادة الخصوم ، والتصديق على ما اتفقوا عليه . ولذا فإن القاضى هنا ليس إلا مصدقا على اتفاقهم ، موثقا لما تراضوا عليه . وهذا التصديق لايحيله من مجرد اتفاق الى حكم قضائى يعبر من خلاله القاضى عن رأى القانون فيما تتحسم به المنازعة المطروحة عليه . والأمر على خلاف الحكم الإتفاقى jugement convenu الذى يعتبر حكما قضائيا باتفاق. فرغم أنه لايصدر إلا بعد انعقاد إرادة الخصوم واتفاقهم على مابه تتحسم منازعتهم إلا أنه يعكس الحل الذى ارتآه القاضى ، من بين ماطرحوه فى مناقشتهم ، متفقا وصريح القانون (٢) . وإذا كان هذا مفاد اكتماله لمفهوم الحكم القضائى ، فإن نتيجة ذلك إمكانية الإجبار على تنفيذه بالحكم

---

(١) C.E 1e février 1984 Sté du promotion et de réalisations hospitaliers c/ Ministre de l'urbanisme et du longement. Rec: p.32 R.D.P. 1985 p.866. note: Drago.

(٢) انظر : أ.د. محمد زكى النجار . حسم المنازعات الإدارية بغير الوسائل القضائية . القاهرة . دار النهضة العربية . ١٩٩٣. ص : ٢٢٢ .

بالغرامة التهديدية .

(٤) مدى جواز الحكم بالغرامة لتنفيذ أوامر التحقيق :

٢٥ - يصدر القاضى الإدارى نوعا من الأوامر يطلق عليها أوامر التحقيق غايتها اظهار الحقيقة ، وتحقيق ادعاءات المدعى ، بمناسبة الفصل فى دعوى مطروحة عليه . كالأمر بتقديم ماتحت يد الإدارة من أوراق أو ضم ملف أو ندب خبير أو تقديم مستند منتج فى الدعوى أو الإفصاح عن الأسباب الواقعية والقانونية التى أفضت إلى اصدار قرارها لاسيما فى الحالات التى لايلزمها القانون بأن تعلن عن سبب قرارها (١) . وهذه الأوامر كما يتخذها قاضى الموضوع ، يتخذها قاضى الأمور المستعجلة الإدارية ، وفقا للمادة ١٢٨ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ، والمادة ٣/٢٧ من لائحة مجلس الدولة الصادرة فى ٣٠ يوليه ١٩٦٣ (٢) . وهذه الأوامر اعتدادا بهدفها تمثل استثناء من الحظر التقليدى على القاضى الإدارى أن يوجه أوامر إلى الإدارة (٣) .

ويختلف حكم اتصالها بالغرامة تبعا لما اذا كانت صادرة عن قاضى الموضوع ، أم قاضى الأمور المستعجلة ، وهو رئيس القسم القضائى بمجلس الدولة وفقا للمادة ٣/٢٧ من لائحة مجلس الدولة ، ورئيس المحكمة الإدارية ، أم محكمة الإستئناف الإدارية وفقا للمادة ١٢٨ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية .

فبالنسبة للحالة الأولى يبدو أن البعض يرى أن تلك الأوامر لايسرى بشأنها نظام الغرامة . فهى ليست من اجراءات الضرورة التى تبرر جريان

---

(١) CHAPUS (R.) : op. cit. p. 495.

(٢) C.E. 28 MAI 1984. Dame Delammay. Rec; p. 190. D. 1985. P. 936. Note : Fadli.

(٣) FRAISSEIX (P.) : op. cit. P. 1069 – 1070.

هذا النظام عليها ، استثناء من الأصل العام الذى يقضى بضرورة أن يكون الممتنع عن تنفيذه حكما قضائيا حقيقيا . هذا إلى أنها لاتعد فى ذاتها حكما تتحسم به خصومة ، بل انها لاتمس أصلا موضوع الدعوى . ولذا يظل جزاء الإخلال بها أو الإجبار على الإمتثال لها تقليديا يتمثل فى قلب عبء الإثبات والتسليم بادعاءات المدعى [١] . ولعل هذا مايعنيه الفقيه الفرنسى chapus بقوله أن رفض الإدارة تنفيذ ماتتخذه القاضى فى مواجهتها من تلك الأوامر أو تنفيذه ولكن بعد فوات المدة التى حددها ، أو تنفيذه تنفيذا ناقصا يعد تصرفا تجازى عليه باعتبار ما يدعيه الطاعن صحيحا الأمر الذى يمنحه كل الفرص الممكنة لكسب دعواه ، وهذا ماتؤكده الأحكام القضائية فى هذا الشأن [٢] . وربما يكون هذا الجزاء أفعل من الحكم بالغرامة على اعتبار أن نتيجته أن تخسر الإدارة الدعوى ، ويحكم ضدها ، وهذا مايكون من أثره الحكم بغرامة تهديدية عليها اذا امتنعت عن تنفيذ هذا الحكم بعد صدوره . فيكون جزاء امتناعها عن تنفيذ أوامر التحقيق مضاعفا .

ولكن فريقا من الفقهاء يرى غير ذلك مؤدى ماذهبوا اليه أن أوامر التحقيق يمكن أن تنفذ تحت التهديد المالى . وحجتهم فى ذلك ما تتمتع به من قوة تنفيذية ، تلك التى تبرر تنفيذها جبرا . ولما كانت الغرامة التهديدية وسيلة التنفيذ الجبرى للأحكام الإدارية ،فإن هذا يفضى الى تطبيق هذا النظام عليها [٣] والحق أننا لانميل الى هذا الرأى ؛ لأنه مالم تصطبغ هذه الإجراءات بصفة الإستعجال ، فإن النظام الإجرائى للحكم بالغرامة لايتفق فى تطبيقه معها لاسيما شرط الميعاد الذى لابد أن ينتهى قبل التقدم بطلب الحكم بالغرامة مما يقطع برغبة مستترة للمشرع بعدم امكانية كفالة تنفيذها تحت التهديد المالى . وهذا ماسنبينه لاحقا .

---

(١) PLANTEY (A.) : La preuve devant le juge administratif. J.C.P. 1986-1- 3246.

(٢) CHAPUS (R.) : op. cit. P. 496.

(٣) DUGURIP (0.) : op.cit. p. 20.

وقد يرد على ذلك بأن مجلس الدولة ذاته اعتبر الإعتراف للقاضى بسلطة الحكم بغرامة تهديدية سواء لكفالة تنفيذ مايصدره من أحكام ، أو احترام أوامر التحقيق التى يتخذها قبل صدور الحكم ، مبدأ من المبادئ العامة للقانون (١) . فمثل هذا يعكس رؤية قضائية بأن الغرامة التهديدية يمكن الحكم بها لتنفيذ أوامر التحقيق تماما كما هو الشأن بالنسبة للأحكام . وهذا الرأى ، على فرض قوله ، مردود عليه بأن مجلس الدولة ، وقد رأينا سلفا ، قصر تطبيق هذا المبدأ على القضاء العادى ، ودليل ذلك أنه كان محظورا على القاضى الإدارى ، رغم وجود هذا المبدأ ، الحكم بتهديدات مالية ضد الإدارة حتى أجاز المشرع ذلك بمقتضى قانون الغرامة الحالى . وعلى فرض صحة القول بأنه مبدأ له عمومية السريان على جميع جهات القضاء بما فيها القضاء الإدارى أيضا ، فإن المشرع قد قيد من نطاق تطبيقه ، إذ أن للمبدأ قيمة قانونية أقل من قيمة القانون فى سلم التدرج ، ولذا لاوجه لإعماله فى ظل مانظمته نصوص قانون الغرامة . ولما كانت هذه الأخيرة – وفقا لتفسير نراه راجحا – قصرت سريانه على الأحكام فحسب ، فإنه فى ضوء ذلك لايمكن القول بانطباقها على أوامر التحقيق أيضا .

أما بالنسبة للحالة الثانية ، حال صدور هذه الأوامر من قاضى الأمور المستعجلة ، فإنه جريا على الأصل الإجرائى العام ، جميع مايتخذه قاضى الأمور المستعجلة يمكن تنفيذه تحت التهديد المالى (المادة ٤٩١ من تقنين المرافعات الجديد ، المادة ٢٣ من قانون ٩ يوليه ١٩٩١) (٢). وهذا بعد أن ساد الإعتقاد بأن قاضى الأمور المستعجلة ليست له هذه السلطة على اعتبار الصفة الوقتية لقراراته وأحكامه تحول دون اكتسابها للحجية التى تكفل الغرامة

(١) C.E 10 mai 1974. Barre et Honnet. A.J. 1974 p. 545.

(٢) TERRE (F.) et autres : Droit Civil : les obligations. Paris. Dalloz. 5ᵉ edition. 1993. P. 781.

حمايتها (١).

وهذا الأصل يجرى تطبيقه على اجراءات التحقيق الإدارية ، ليس بصفته أصلا عام السريان فحسب ، وإنما أيضا باعتبار أنها تدخل بطبيعتها فى نطـــاق اجراءات الضرورة التى يمكن قانونا الحكم - مباشرة أو بناء على طلب غــير مقترن تقديمه بشرط الميعاد - بغرامة تهديدية لتنفيذها . ولعل هـــذا مـــايؤيده البعض بقوله : إن رفض الشخص العام تنفيذ أمر صادر مـــن قـــاض الأمـــور المستعجلة كالأمر بندب خبير مثلا - وهو من اجـــراءات التحقيـــق - معنـــاه الإمتناع الإرادى عن تنفيذ قرار للقاضى الإدارى صـــدر بصفـــة مســـتعجلة ، باعتباره اجراء ضرورة ، يتوجب قانونا الحكم بغرامة تهديدية للإجبار علـــى تنفيذه (٢) . ومايؤيد ذلك على المستوى القضائى ماقضى به مجلس الدولة بـــأن لقاضى الأمور المستعدلة الإدارية الحكم بغرامة تهديدية لإجبـــار الإدارة علـــى تنفيذ مايتخذه من أوامر ، كما أن له الإختصاص بتصفية الغرامة التى حكم بـــها إذا لم تنفذ الإدارة أوامرها خلال المدة التى حددها (٣). وهذا جميعه يقطع بأنـــه ليس هناك مايمنع من تنفيذ اجراءات التحقيـــق التى تتخذ بصفة مستعجلة تحـــت التهديد المالـــــى .

(٥) مدى جواز الحكم بالغرامة لتنفيذ المبادئ العامة للقانون :

٢٦ - يجرى التمييز بصدد أحكام القضاء الإدارى بين نوعين : أحكـــام ذات مبادئ لايقتصر سريان ما انطوت عليه من مبادئ على المنازعـــة التـــى صدرت بشأنها ، وإنما تطبق أيضا على ماتماثل معها من منازعات مســـتقبلة .

---

(١) VIZIOZ (J.) : Des pouvoirs du juge des référés en matière d'astreinte. J.C.P. 1948-1-689.

(٢) BARADUCE – BENA BENT (E.) : op.cit. p.97.

(٣) C.E. 14 Novembre 1997. Communaute, urbaine de Lyon. Rec : p.421. C.E 9 Décembre 1988. Sté les téléphérique du massif du mont Blanc. C/ commune de Saint-Gervais. A.J. 1989. P.272. obser : Prètot .

وأحكام أخرى عادية لايتعدى تطبيقها المنازعة التى صدرت بشأنها . وإذا كانت لتلك الأحكام ، بنوعيها ، حجية تلزم الإدارة تنفيذها على الوقائع التى صدرت بخصوصها ، فهل مايتضمنه النوع الأول من مبادئ يكون ملزما بحيث يتماثل مع الحكم مما يمكن معه اجبار الإدارة على تنفيذها على الوقائع المماثلة ، إذا رفضت ذلك طوعا بالحكم بغرامة تهديدية ؟

تلك مسألة افتراضية لم يأتى مجلس الدولة عليها بحكم حتى الآن ؛ ولذا نحاول أن نتلمس لها حلا فى ضوء الأصول الإجرائية للقانون الإدارى ، والإتجاهات القضائية فى منازعات الغرامة التهديدية . فمن المعلوم أن المبادئ القضائية أو مايطلق عليه المبادئ العامة للقانون ، تمثل مصدرا رسميا من مصادر القانون واكتساب هذه المبادئ لوصف المصدر الرسمى يفضى إلى عدم مشروعية خروج الإدارة عليها ، إذ يلحق تصرفها بعيب مخالفة القانون ، كما يؤدى إلى إثارة مسئوليتها المدنية عن الأضرار الناجمة عن تلك المخالفة [١] . وإذا كان هذا يفضى بنا الى تأييد ماذهب اليه بعض الفاقهين من أنه يؤدى إلى نتيجة حتمية مؤداها الزام الإدارة بتلك المبادئ وإلا فلن تجد قاضيا اداريا يقرر لها مشروعية ماتجريه من تصرفات مخالفة لها [٢] . فإننا نرى أن هذا الإلتزام لايرقى إلى درجة التزامها بالأحكام الصادرة بشأن منازعة بعينها ، أى بذات مضمون الحكم المتعلق بدعوى فى حد ذاتها ، الأمر الذى مفاده أن امتناعها عن تنفيذ إحدى هذه المبادئ لايكون مدعاة لإجبارها عليه بالحكم بالغرامة . وهذا لايعنى نيلا من قيمة هذه المبادئ ، ولا حطا من مكانتها ، وإنما هو انعكاس للسياسة التشريعية لقانون الغرامة . فمن ناحية أن الغرامة ، كما رأينا ، وسيلة أقرها المشرع بصريح نص قانونها لتنفيذ الأحكام الإدارية فى حد ذاتها لا ما انطوت عليه من مبادئ مهما كان سموها . واستقر القضاء ، امتثالا لذلك، على أن كل ماينحصر عنه وصف الحكم لايكون الإخلال به مسوغا

---

(١) JEANNEAU (B.) : La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de temps. E.D.C.E. 1981-1982. P.33.

(٢) أ.د. طعيمة الجرف : المرجع السابق . ص : ٢٣.

للحكم بغرامة تهديدية مهما كانت درجة الزامه [١]. هذا إلى أن المشرع لو كان يريد أن يسرى نظام الغرامة على المبادئ التى استخلصها القضاء لما منعه أن يصرح بذلك مانع من واقع أو قانون . ومن جهة ثالثة أن المبادئ القضائية ليست لها ما للأحكام من حجية . ولعل هذا مايفسر جواز خروج قضاء الدرجة الأدنى عليها . بل إذا قيل بالتزامه بها ، فإنه يمكن الرد على ذلك بأنه مجرد التزام أدبى قانونى . ولعل هذا مايفسر امكانية خروج القضاء ذاته عليها ، وهى من صنعه ، إذا استبان له عدم ملاءمتها للظروف المعاصرة ، أو بدت له ضرورة تغييرها بما هو أكثر استجابة لمقتضيات التطور الحادث فى المجال الإدارى . ولعل اعتبارات التطور تلك هى التى تعطى الإدارة المبرر للسعى الى تعديلها ، والحق فى أن تعامل بمقتضى مبدأ آخر يكون أكثر ملاءمة لظروف الحال . وهذا لايتأتى إلا بامتناعها عن تطبيقها مما يثير نزاعا بشأنها على أثره يتنبه القضاء الى مدى ضرورة تغييرها .

فى ضوء هذا التصور علينا أن ندرك ماذهب اليه بعض الفقهاء من أن الإدارة بهذا الإمتناع لاتتجاهل حكما قضائيا بمعنى الكلمة صدر بشأن منازعة بذاتها ، وإنما هى تنازع فى مبدأ استخلص من حكم قد لايكون من الملاءم أن يطول زمن الإمتثال به رغم تغير ظروفه . هذا إلى أنه لايمكن أن ننكر على الإدارة حقها ، مثلها كمثل أى متقاض ، فى السعى بمناسبة منازعة جديدة حتى ولو كانت مماثلة لأخرى سابقة ، إلى تغيير قضاء سابق ليس مصدر الإلزام به نص قانونى ، كحجية الأحكام وإنما أساسه تواتر القضاء الأعلى على تطبيقه [٢]. ومن هنا إذا كان لايوجد مايمنع القضاء الأعلى من أن يقطع تواتر تطبيق هذه المبادئ ويعدل عنها أو يعدل فيها فلا أقل من أن تمنح الإدارة الفرصة لحثه على التحول – لاسيما إذا صفت نيتها – عن تطبيق أحد هذه

---

(١) LLORENS (F.) : Astreintes administratines et execution jugements par les personnes morales de droit public. Ann. des Univ. Toulouse. 1981. P.147.

(٢) VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.): op. Cit. P. 363.

المبادئ بدلا من أن تكرهها امتثالا لها تحت التهديد المالى .

وأخيرا أن اجراءات الحكم بالغرامة التهديدية تتأبى على أن تكون هذه الأخيرة سبيلا للإجبار على تنفيذ المبادئ القضائية . وربما يزداد الأمر إيضاحا حول تلك المسألة حين نعرض فيما بعد لتلك الإجراءات تفصيلا .

ثانيا : وجوب أن يكون الحكم من أحكام الإلزام :

٢٧ – على نحو ماتجرى عليه الأصول العامة فى تنفيذ الأحكام لايقبل التنفيذ إلا أحكام الإلزام [١] . إذ أن الأحكام التقريرية jugements déclaratoires ، والأحكام المنشئة jugements constitutif باعتبار محلها غير قابلة له رغم ماتتمتع به جميعا من حجية الشئ المقضى به. إذ الأولى كل دورها القضاء بوجود الحق أو عدم وجوده دون الزام المحكوم ضده بأداء معين . أما الثانية فإنها تقرر انشاء أو تعديل أو إنهاء لحق أو مركز قانونى، ودون ذلك لاتلزم بعمل أو الإمتناع عن عمل [٢] . ونظرا لأن التنفيذ فى حقيقة معناه تأدية المحكوم ضدهماافترضه الحكم عليه ، سواء تمثل فى عمل أو فى الإمتناع عن آخر ، ولما كان الوحيد من الأحكام الذى يصدر حاملا هذا المعنى هو حكم الإلزام ، فإنه يكون دون غيره القابل للتنفيذ طوعا أو كرها [٣] . ونظرا لأن الغرامة التهديدية ، هى وسيلة اجبار على تنفيذ مايقبل التنفيذ من الأحكام بطبيعته ، فإنها اذن تكون سبيل التنفيذ الجبرى لما كانت له من الأحكام الإدارية طبيعة الإلزام .

---

(٢) انظر: أ.د. احمد مليجى : التعليق على قانون المرافعات . القاهرة . دون ذكر للناشر . بدون تاريخ . ص : ١٣٦.

(٢) أ.د. وجدى راغب فهمى : مبادئ القضاء المدنى وقانون المرافعات . القاهرة . دار الفكر العربى . الطبعة الأولى . ١٩٨٦-١٩٨٧. ص : ٥٤.

(٣) أ.د احمد أبو الوفا : إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية . اسكندرية. منشأة المعارف . ١٩٩١. ص ٤١، ٤٢.

أ.د. فتحى والى : التنفيذ الجبرى . القاهرة . دار النهضة العربية . ١٩٨٧ . ص : ٣٩.

أفضى هذا المنطق بمجلس الدولة الى إعمال هذا الشرط فى نظام الغرامة ، استقرارا على الأصل الإجرائى الذى يقضى بأنه فى حالة سكوت النص يلزم تدخل القاضى لتحديد شروط اعماله [١] . حقيقة أنه لم يصرح به كشرط يظهر على متن أحكامه . ولكنه مدرك بأثره ، يبدو فى غالب أحكام الرفض الصادرة فى طلبات الحكم بالغرامة ، معبرا عنه بصيغ مختلفة تارة بقوله مبررا للرفض بأن حكم الإلغاء مثلا يكفى بذاته [٢] ، أو أنه لايقتضى اتخاذ أى اجراء تنفيذى [٣] .

وفي إشارة إلى ذلك يقول بعض الفقهاء : حين يكفى الحكم بذاته ، ولايقتضى أن تتخذ الإدارة أى اجراء تنفيذى ، فإنه لايكون هناك محل للحكم بالغرامة التهديدية ؛ لأنه ببساطة لايوجد محل للتنفيذ به [٤] .

ولزيادة ايضاح تلك المسألة نعرض لبعض التطبيقات القضائية فى هذا الشأن سواء في دعوى الإلغاء أو دعاوى الحقوق (أو التعويض) .

(١) الأحكام الصادرة فى دعوى الإلغاء :

٢٨ - الغالبية من هذه الأحكام أحكام بإلزام تفرض على الإدارة تدخلا أو تعاونا فعالا من جانبها لعمل مقتضاها [٥] . غير أن هناك بعضا منها تعد أحكاما تقريرية لاترتب أى التزام على الإدارة كما قدمنا سلفا . ومن أمثلتها أحكام الرفض ، وأحكام الإلغاء التى تنفذ تلقائيا دون حاجة لتدخل الإدارة ، مثل الحكم بإلغاء لائحة ضبط يترتب عليه إعادة تطبيق اللائحة السابقة تلقائيا ،

---

(١) ROUX (M.) : Conclusions sur C.E. 13 novembre 1987. Mme Turques et Marcaillou. Rec. p.361.

(٢) C.E. 27 mars 1995, Heulin. Rec. p.141.
C.E. 7 avril 1995. Greko. Rec. p.159.

(٣) C.E 29 décembre 1993, pennelle. Rec : p.212.
C.E. 10 mars 1984. Association S.O.S Défense. A.J. 1985. P.400

(٤) VEDEL (G) : et DELVOLVE (P.) : op. Cit. P. 381.

(٥) GUETTIER (CH) : Exécution des jugements. J.C. Ad. 1995. Fasc : 1112. P.3.

والحكم بإلغاء حظر نشاط يترتب عليه ممارسته مباشرة . وهذه الأحكام على خلاف أحكام الإلزام لاتقبل بشأنها طلبات الحكم بغرامة تهديدية (١) .

وتطبيقا لذلك رفض مجلس الدولة طلب الحكم بغرامة تهديدية للإجبار على تنفيذ حكم أصدرته محكمة chalome-sur-Marne بإلغاء قرار المجلس البلدى لإحدى المقاطعات بفتح اعتماد لتنفيذ إحدى المشروعات باعتباره ليس حكما بإلزام ، معبرا عن ذلك بأن تنفيذ هذا الحكم لايقتضى أى اجراء تنفيذى من قبل المجلس البلدى ؛ ولذا فإن طلب الحكم بغرامة تهديدية لضمان تنفيذه يعتبر مرفوضا (٢) .

وفى دعوى أخرى تتلخص وقائعها فى أن السيد Barton طلب من مجلس الدولة الحكم بغرامة تهديدية لإجبار ادارة اقليم portés - lés - volence على تنفيذ حكم محكمة جرونبل الإدارية الصادر فى ١٧ يونيه ١٩٩٣ بإلغاء الانتخابات المحلية التى أجريت فى ١٩ ديسمبر ١٩٩٢ لاختيار ممثلين عن الجاليات الأجنبية المقيمين بالإقليم للمشاركة فى اجتماعات المجلس البلدى للإقليم . ولكن مجلس الدولة رفض هذا الطلب معللا رفضه بأن الحكم يكفى فى ذاته ، وليس فى حاجة إلى اجراء تنفيذ من جانب الإدارة ، واضاف المجلس قائلا أنه يكون فى مقدور طالب الحكم بالغرامة التهديدية أن يقيم دعوى تجاوز السلطة تأسيسا على حكم محكمة جرونبل ، فى حالة إذا ما اختار المجلس البلدى اولئك الذين ألغى الحكم انتخابهم (٣) .

وكما رأينا تعد أحكام الرفض سواء رفض الدعوى أو الطلبات أو الطعن من الأحكام التقريرية ، لا ينطوى على الزام . ولذلك كان مجلس الدولة يرفض مايرفع اليه من طلبات الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذها (٤) . غير أنه لاينبغى أن

---

(١) GUETTIER (ch.) : injonction et astreinte. J.C. Ad. 1997. Fax: 114. P. 10.

(٢) C.E. 26 mai 1995. Minvielle. Rec: p. 220.

(٣) C.E 12 avril 1995 . Bartolo. A.J.1995. p. 574.

(٤) C.E. 2 avril 1995. Surry. Rec: p. 158.

نأخذ هذا الأصل على اطلاقه ، إذ أن من أحكام الرفض مايمكن أن يرتب آثار حكم الإلزام ، ويجبر على تنفيذه بالتهديد المالى . مثل ذلك الحكم برفض استئناف الإدارة لحكم أول درجة ، وتأييد الحكم المستأنف أى قبول ورفض وتأييد ، وحال يكون الحكم المستأنف حكما بإلزام فإن هذا مفاده أن حكم الإستئناف بتأييده له أعاد التأكيد على ما انطوى عليه حكم أول درجة من التزامات تقع على عاتق الإدارة . وهذا ولاشك يجيز طلب الحكم بغرامة تهديدية للإجبار على تنفيذه . ولايشفع للإدارة حالئذ الدفع برفض طلب الحكم بغرامة تهديدية تأسيسا على أن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم رفض ، ولايعتبر من أحكام الإلزام القابلة للتهديد المالى ، طالما كان الحكم المستأنف حكما بإلزام . وبناء على ذلك قضى مجلس الدولة بقبول طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار ادارة أحد الأقاليم على تنفيذ حكمين صادرين من محكمة Basse Terre – الإدارية بإلغاء فصل موظفتين فى مقصف أحد المدارس التابعة لإدارة الإقليم مع ما يترتب على ذلك من إعادتهما إلى عملهما ، وقضى بغرامة ٣٠٠ فرنك فرنسى عن كل يوم تتأخر فيه عن تنفيذ الحكم ، وذلك بعد الحكم برفض الإستئناف المقدم منها فى هذين الحكمين [١] .

(٢) الأحكام الصادرة فى دعاوى الحقوق :

٢٩ – لايعنينا هنا أن نعرض لأنواع هذه الدعاوى ، ولا لطبيعتها ، فالمقصود أن نبين إلى أى مدى التزم القضاء الإدارى شرط الحكم بالإلزام فى نطاق الغرامة التهديدية . فالأصل أن الأحكام الصادرة فى تلك الدعاوى تعد من أحكام الإلزام ، إذ أنها لاتتوقف عند تأكيد حق أو مركز قانونى ، وإنما تتضمن فضلا عن ذلك الزاما بشئ يجبر المحكوم ضده على أدائه . والمثل

---

(١) C. E 25 Mars 1996. Commune de saint-François c/ Mme Picard. Rec. p.101. C.E. 25 Mars 1996 – commune de Saint-François c/ Mme Fiston. R. F.D. Ad. 1996. P.336.

التسوية [1]. غير أن هذا لايعنى أن جميع الأحكام الصادرة فى تلك الدعاوى تعد أحكاما بإلزام تقتضى التنفيذ ولوجبرا . إذ أن منها ماله طبيعة الأحكام التقريرية التى تقف عند حد تأكيد وجود الحق دون أن تلزم الإدارة بشئ قبل المحكوم لصالحه ، كأن يصدر الحكم مقررا لمسئولية الدولة عن تصرف وقع أضر بالغير . غير أنه يحيل الى خبير لتقدير جسامة هذا الضرر [2] ؛ لذا فقد رفض مجلس الدولة طلب حكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم تعويض ضد الدولة لم يحدد قيمته ، وإنما قضى بندب خبير لهذا الغرض ، إذ رغم أن هذا الحكم يعد صادرا فى إحدى دعاوى الحقوق إلا أنه حكم تقريرى لاينطوى على أى الزام [3] . وهذا على خلاف الحكم الصادر بتعويض موظف عن الفصل غير المشروع بمبلغ ٦١٥,٠٠٠ فرنك . إذ قضى المجلس بغرامة تهديدية قدرها ١٠٠ دينار ضد الدولة عن كل يوم تتأخر فيه عن تنفيذه حتى قيامها بتنفيذه كاملا [4] .

إذن لابد أن يتحدد الحق المقتضى تأديته تحديدا لايفضى إلى التنازع فيه سواء كان تعويضا أم فوائد تأخيرية عما حكم به من تعويضات أو استحقاقات مالية أو مصاريف قضائية قضت بها المحكمة على الخصم الخاسر لدعواه تطبيقا للمادة ١/٨ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية [5] .

---

(١) انظر أ.د. محمود سامى جمال الدين : المرجع السابق. ص : ٤٤٥.

(٢) T.A. Nice 3 novembre 1972. Reybay. A.J. 1973. P.275.

(٣) وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإدارى بأنه : " ... وإن كان من صيغة الأحكام الصادرة فى دعاوى الحقوق أن تحوى الزاما بشئ يجبر الخصم على وفائه ، إلا أن ذلك ليس من مستلزماتها فالأحكام الصادرة بتقرير وجود الحق لاتشمل على الزام ، ويقصد من ورائها تحديد الحقوق .. " .
محكمة القضاء الإدارى : ٢٥ يونيه ١٩٥٣.الدعوى رقم ١٠١٥ لسنة ٦ القضائية . مجموعة السنة السابعة . ص : ١٨٠٣.

(٤) C.E 16 juin 1997. Vialas. Rec. p.T. p.1022.

(٥) C.E 21 juillet 1995. Min. Budget c/ Garmand. R. Ad. 1995. P.31.

حالئذ لايكون أمام قاضى الغرامة مفر من الحكم بها لكفالة تنفيذهـا . ولايخل بذلك أن لايحدد الحكم بداية تاريخ حساب الفوائد التأخيرية المستحقة ، إذ أن تجاهل ذلك لايحول دون الإجبار على تنفيذ الحكم الصادر بها ؛ لأنه يعتد في حسابها فى هذه الحالة بتاريخ صدور الحكم الممتنع عن تنفيذه [١] . وهذا بالنسبة للفوائد التأخيرية القانونية التى تحسب من يوم صدور الحكم وحتى تنفيذه، على خلاف نوع آخر من هذه الفوائد لايجرى سريانها إلا إذا لم ينفذ الحكم خلال شهرين من اعلانه للمحكوم ضده [٢] .

وتأسيسا على ذلك قضى مجلس الدولة بغرامة تهديدية ضد اقليم Morne – á – L'Eau قدرها ألف فرنك عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ حكم محكمة Basse – Terre الإدارية الصادر فى ١٥ ابريل ١٩٨٣ بدفع فوائد تأخيرية قدرت بنحو ١٦ر٢٨٧٢٣٠ فرنك عن الفترة من ١١ فبراير ١٩٨١ الى ١٨ يوليه ١٩٨٢ ، إذ لم تسدد ادارة الإقليم هذا المبلغ خلال شهرين من اعلانها بهذا الحكم وحتى تاريخ التنفيذ [٣] .

ولايخل باعتبار الحكم حكما بإلزام الا يتحدد فى منطوقه قيمة التعويض أو فوائده ، وأحال إلى الإدارة لتحديده أو تصفيتها ؛ وذلك طالما أن هناك من الأسس ماورد فى منطوقه لحسابه أو من النصوص القانونية المطبقة مايتخذ أساسا بلا نزاع لتحديدها [٤] . ومثال ذلك ماقضى به مجلس الدولة بغرامة تهديدية ٣٠٠ فرنك يوميا حتى تنفيذ حكمه الصادر بإلغاء الفصل غير المشروع لإحدى الموظفات ، واحالتها الى الإدارة لتحديد مايكون لها من تعويض على أساس ماتستحقه من دخل عن الفترة مابين صدور قرار الفصل الملغى ، واستلامها العمل فعلا بعد صدور الحكم بإلغاء هذا القرار . غير أن الإدارة قدرت التعويض وفقا لهذه الأسس . ولكن عن الفترة الواقعة بين صدور قرار

---

(١) C.E 30 mars 1994, Loubt. R.D. Ad. 1995. P.361.

(٢) C.E 16 janvier 1987. Ribot. Rec. p.9. Conc : Roux.

(٣) C.E 27 mai 1987, Ste. Les tennis Jean Becker. Rec. T. p. 890.

(٤) C.E. 30 juin 1997. Philippon. Rec. p.1022.

الفصل وصدور حكم مجلس الدولة بإلغائه ، بما مفاده أنها نفذت الحكم جزئيا ، الأمر الذى أفضى بالمجلس الى الحكم عليها بغرامة تهديدية حتى تاريخ التنفيذ الكامل للحكم (١) .

وتجدر الإشارة إلى أن خطأ الإدارة فى حساب التعويض المستحق أو الفائدة المقررة على المبالغ المحكوم بها لصاحب الشأن لايعد اخلالا بالتنفيذ يقتضى حمل الإدارة عليه تحت التهديد المالى طالما كان هذا الخطأ بسيطا ، يمكن للإدارة تصحيحه دون أن تترتب على ذلك أية آثار تحول دون تنفيذ الحكم (٢) .

الفـرع الثانـى
ضرورة أن يكون الحكم إداريا

مفهوم الشرط :

٣٠ – إذا كان هذا الشرط تفسر تطلبه الغاية من اعمال نظام الغرامة التهديدية فى المجال الإدارى ، فإنه يشير بمفهومه إلى قصر سريان هذا النظام على الأحكام الصادرة عن القضاء الإدارى سواء كان قضاء اداريا عام الإختصاص مثل مجلس الدولة أو المحاكم الإدارية ، أو محاكم الإستئناف الإدارية ، أم قضاء اداريا متخصصا Specialisées كالمجالس لتأديبية مثلا (٣). فالمشرع بصيغة العموم التى أورد عليها النص سالف البيان لم يحدد جهة معينة من جهات القضاء الإدارى نختص أحكامها بتطبيقه ، فأفاد بذلك أن جميع مايندرج تحت هذا الإصطلاح تكفل الغرامة تنفيذ مايصدره من أحكام (٤)

---

(١) C.E 4 novembre 1996. Mlle Kerbache. Rec : p.436.

(٢) C.E 26 février 1996. Morin. Rec : P. 1112.

(٣) VINCENT (J) et autres : op. cit . p. 802.

(٤) TERCINET (J.) : Vers la fin de l'inexécution des décisions ==

بيد أن الشرط قدر وضوحه يثير عددا من التساؤلات : هـــل يمكــن أن تخضع أحكام القضاء العادى لهذا النظام رغم تجردها من الصفـــة الإداريـــة ؟ وهل يتغير الوضع إذا كانت صادرة فى منازعة ادارية ؟ . ومن جهة أخـــرى هل يجوز كفالة تنفيذ القرارات الصادرة عن الجهات الإدارية ذات الإختصـاص القضائى بالحكم بغرامة تهديدية ؟.وأخيرا مامدى إمكانية ضمان تنفيـــذ أحكـام المحكمين Les Sentences الصادرة بشأن منازعة ادارية بالغرامـــة التهديديـة أيضا ؟ . لنرى تفصيل ذلك تباعا .

أولا : أحكام القضاء العادى :

٣١ - الأثر السلبى لشرط ادارية الحكم خروج أحكام القضاء العـادى من نطاق نظام الغرامة التهديدية إذ لايسرى عليها هذا النظام بوجه عـــام [1] . وقد يتساءل البعض عن الأسباب التى حدت بالمشرع الى قصر هذا النظام علـى الأحكام الإدارية دون العادية . إن الظروف التى عـــاصرت صـدور قـانون الغرامة والأسباب الدافعة اليه تؤكد أن ذلك مرجعه إلـــى أمريـن : أولـهما حرص المشرع على ألا يتدخل القاضى الإدارى فى شأن من أخـــص شـئون القضاء العادى ، وهو تنفيذ أحكامه على نحو يخل باستقلاله . وهـــذا محـض تطبيق لمبدأ فصل الهيئات القضائية عن الإدارية .فهو ، إن كان يفرض علـــى القاضى العادى ألا يتدخل فى تنفيذ أحكام القضاء الإدارى ، فإنه يوجـب علـى هذا الأخير ألا يرد مجال تنفيذ أحكام القضاء العادى ، حتى ولو كـــان يكفـل بذلك تنفيذها [2] . وأما الآخر فمرده إلى افتقار الأحكام الإدارية للحماية القانونية التى تضمن لها تنفيذ أفعالا ، إذ ظلت هذه الأحكام - وكما رأينا فيما مضى - متجردة من السبل الفعالة التى تكفل لها تنفيذا منجزا ردحا من الزمان ، وبقـــى

== juridictionnelle par l'administration ?. A.J. 1981. P.9.

(١) VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.) : Droit administratif. Paris. Thèmis. P.U.F. 10ᵉ édition. 1988. P.730.

(٢) AUBY (J.M.) et DRAGO (R.) : Traite de contentieux administratif. Paris. L.G.D.J. 1984. T. 2. P.554.

على اثر انعدامها دور القاضى الإدارى فى هذا النطاق محدودا وغير فعـــال . لذا ارتبط قانون الغرامة فى صدوره بغاية ضمان احترام حجيتها بتحقيق النفـــاذ السريع والحال لها .

وهذا على خلاف الأحكام العادية التى توافرت لها ضمانـــات عديـدة ، كفلت لها مالم يتحقق للأحكام الإدارية من جدية التنفيذ ، وذلك على المســتويين التشريعى والقضائى . فمن ناحية صدر قانون ٥ يوليه ١٩٧٢ الذى نظمت بـــه لأول مرة تشريعيا الغرامة التهديدية فى نطاق المنازعـــات المدنيـــة ليعـترف للقاضى العادى بسلطة توجيه أوامر الى أطراف الدعاوى التى ينظرهـــا حتـى ولو كانوا من أشخاص القانون العام ، وله فى سبيل سرعة تنفيذها الحكم عليها بغرامة تهديدية بصفة مباشرة أى دون أن يطلب ذلك أحد أطراف الدعـوى [١] . هذا إلى أن للقاضى العادى حتى فى الحالات التى لايوجد فيها نص ، وحـال أن تكون الإدارة طرفا فى منازعة تدخل فى اختصاصه ، أن يوجه اليـــها أوامـر مقترنة بغرامة تهديدية [٢] . ومن ناحية أخرى للقاضى العادى أيضا فى حـالات غصب السلطة Voie de fait سلطات تتماثل عما سبق ذكره ، إذ أن له فى حال ارتكاب الإدارة لعمل من أعمال الغصب أن يأمرها برد ما اغتصبت ، أو إزالـة ما أقامته من منشآت على العين المغتصبة ، أو طردها مما عليه بغير حق قـد استولت ، ومن سلطاته أيضا فى هذه الحالة الحكم عليها بغرامة تهديدية إذا لـم تمتثل وتنفذ أوامره فى الوقت الذى يحدده [٣] .

اذن لم تكن أحكام القاضى العادى ولا أوامره فى حاجة إلى امتياز جديد،

---

(١) LE. BERRE (J.M.) : Les pouvoir d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'egard de l'administration. .A.J. 1979. p.14.

(٢) CHABAS (F.) : Astreintes. Répertoire de procédure civile. Dalloz Mise a jour 1993. No. 31. P.4.

(٣) T.C. 17 juin 1948. Moufacture de velours et de peluches Rec. p.513. R.D.P. 1948. P.581. note. Waline.

ولم يكن هو ذاته فى عوز لسلطة أخرى يكفل بـــها تنفيذهـــا [١] . ولـــذا كـــان المشرع منطقيا مع نفسه حين قصر سريان قانون الغرامة التهديدية هنـــا علـــى الأحكام الإدارية ، ليكفل به تنفيذ أحكام تجردت من كل ضمانة فعالة لتنفيذهـــا . وهو بذلك أعاد التوازن المفقود بين نوعين من الأحكـــام لـــهما ذات الحجيـــة ، والإحترام . وهو بذلك أيضا ، قارب فى الحماية بين الأحكام الإدارية والعاديـــة ليحقق منطق الدولة القانونية ، وماثل بين وضع الأشخاص الإعتبارية العامـــة سواء الذين تصدر ضدهم الأحكام العادية ، أو أولئك الذين تصدر فى مواجهتـهم الأحكام الإدارية [٢] .

وقد يعن للبعض أن يتساءل تارة أخرى هل يسرى ذات الحكم حتى ولـــو كان حكم القاضى العادى صدر ضد أحد الأشخاص الإعتباريـــة العامـــة علـــى اعتبار أن تشريع الغرامة يستهدف بسريانه كفالة تنفيذ الأحكام الصـــادرة فـــى مواجهة هذه الأشخاص ؟ . الإجابة بالنفى اذ العبرة فى تطبيق الأثـــر السـلبى للشرط ليس بذاتية الشخص الذى صدر فى مواجهته الحكم ، وإنما بطبيعةالجهـة مصدرة الحكم ذاتها . فإذا كانت هذه الجهة جهة قضاء عادى ، لايعتـــد بمـن صدر فى مواجهته الحكم حتى ولو كان شخصا اعتباريا عاما ، وحالئذ لايطبـق لكفالة تنفيذ هذا الحكم نظام الغرامة الإدارية .

وتطبيقا لذلك رفض مجلس الدولة طلب الحكم بغرامة تهديدية تقدمت بـــه السيدة Martinat على ادارة اقليم Aulignė لإجبارها على تنفيذ حكـــم صـــادر لصالحها من محكمة استئناف باريس . وقال المجلس مبررا أنه لايناط بـــه أن يحكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ حكم صـــادر عـــن محكمـــة تابعـــة للقضـــاء العادى[٣]. مرة أخرى رفض المجلس أيضا طلبا للحكم بغرامة تهديدية لإجبـــار ادارة أحد الأقاليم على تنفيذ حكم لمحكمة النقـــض " الدائـــرة المدنيـــة " ألغـــت

---

(١) BARADUG – BENABENT (E) : op. Cit. P. 96.

(٢) TERCINET (J.) : op. cit. P. 9.

(٣) C.E. 23 février 1990. Mme Martinat. Rec: p. 933. R.D.P. 1991. P.866 note : erdorff.

بمقتضاه – لخطأ فى تطبيق القانون – أمر قاضى نزع الملكية بنزع ملكية عقار مملوك للسيد Bergerioux . وقال فى تبرير ذلك : لاينعقد الإختصاص لمجلس الدولة بالحكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء العادى (١)

ثانيا : قرارات الجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائى :

٣٢ – هذه الجهات ، كما هو معلوم ، ذو طبيعة مزدوجة ، تحمل طرفا من سمات اللجان الإدارية البحتة ، وطرفا من صفات الجهات القضائية المختصة . فهى من ناحية التشكيل تعد جهة ادارية بحتة ، إذ يغلب على تشكيلها الطابع الإدارى ؛ نظرا لأن الأكثرية من أعضائها من رجال الإدارة العامة ، والعنصر القضائى من القلة بحيث لايضفى عليها الطابع القضائى البحت . أما ما تتماثل فيه مع الجهات القضائية فذاتية نشاطها ، وطبيعة الإجراءات التى تتبع أمامها . فنشاطها قضائى بحت يتمثل فى الفصل فى خصومة ادارية اختصت قانونا بالفصل فيها ، اتباعا لإجراءات تقاضى تحيط الخصوم بذات الضمانات التى يتمتعون بها أمام جهات القضاء ، وتكفل لهم سرعة البت فى منازعتهم (٢) .

وهذه الجهات تدخل فى فرنسا فى نطاق مايعرف بالقضاء الإدارى المتخصص . وينعقد الإختصاص بالطعن فى قراراتها بطريق النقض لمجلس الدولة (٣). وأمثلة هذه اللجان فى فرنسا عديدة ، نذكر منها المجالس التأديبية على تنوعها ، المجلس الأعلى للتعليم الوطنى ، لجنة المساعدات الإجتماعية ، المجلس الإقليمى الأعلى للوظيفة العامة .. وغيرها . إذن هى تندرج تحت القضاء الإدارى المتخصص ، وتعد نوعا منه . وهذا معناه كفالة تنفيذ قراراتها

---

(١) C.E. 16 octobre 1996. M. Bergerioux. Rec. p.1111.

(٢) انظر : أ.د. مصطفى ابوزيد فهمى : الوجيز فى القضاء الإدارى . اسكندرية . دون ذكر للناشر . ١٩٨٨. الجزء الأول . ص : ٢٣٦:٢٣٧.

(٣) ODENT (R.) : op. cit. P. 694.

أو أحكامها – على نحو مايراه البعض – بطريق الغرامة التهديدية ، وينعقد الإختصاص لمجلس الدولة بالفصل فى طلبات الحكم بها (١) .

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة بقبول طلب الحكم بغرامة تهديدية المقدم من السيدة Berthaux مقدرا قيمتها ٥٠٠ فرنك يوميا ضد ادارة أحد الأقاليم L'yonne إذا لم تنفذ خلال خمسة عشر يوما من اعلانها بهذا الحكم القرار – أو الحكم – الصادر من اللجنة الإقليمية للمساعدات الإجتماعية الصادر فى ١٨ مايو ١٩٩٤ ، والمؤيد استئنافا بقرار – أو بحكم – اللجنة المركزية للمساعدات الإجتماعية الصادر فى ٢٣ مارس ١٩٩٥ بإلغاء قرار رئيس مجلس الإقليم العام برفض منح إعانة مالية بصفة دورية لأحد المستحقين باعتبار أن منح أو منع تلك الإعانات مما لايختص به ، وإنما يدخل فى اختصاص لجنة المساعدات الإجتماعية (٢) . ومن الجدير بالذكر أن اللجنة الإقليمية للمساعدات الإجتماعية تعد قضاء اداريا متخصصا يختص بالفصل كأول درجة فى الطعون المقدمة ضد قرارات لجان قبول المساعدات الإجتماعية

ثالثا : أحكام المحكمين فىالمنازعات الإدارية :

٣٣ – لم يتعرض القاضى الإدارى بحكم لتلك المسألة حتى الآن ؛ ولذا فإن الإجتهاد فيها برأى يقتضى الإجابة عن أسئلة أربعة : هل التحكيم جائز فى المنازعات الإدارية ؟ . وإذا كانت الإجابة بالإيجاب : فما هى طبيعة قرار المحكم أو هيئة التحكيم ؟ . وإذا كان حكما ، فهل يندرج تحت الأحكام الإدارية، ويقبل التنفيذ جبرا بطريق التهديد المالى ؟. وإذا كان يقبله فمن الذى يحكم بالغرامة التهديدية حالئذ هل المحكم مصدره أم القاضى الإدارى صاحب الإختصاص الأصيل فى هذا الشأن ؟ .

---

(١) MULLER (J.) : Note sous C.E. 5mai 1995. Mme Berchaux. A.J. 1995. P. 653.

(٢) C.E 5 mai 1995- Mme Berthaux. Rec. P. 200. R. Ad. 1995. P.18. note : C.M., A.J. 1995. P.653. note: Muller.

أما عن مدى جواز التحكيم فى المنازعات الإدارية ، فالأمر يتردد بين أصل واستثناءات ترد عليه . أما الأصل فهو الحظر ؛ إذ لايجوز لأشخاص القانون العام الإلتجاء الى التحكيم لفض منازعاتهم [١] ، وهذايرجع إلى أمرين :

أولهما : الخشية من أن يتحول الأشخاص العامة عن قضاء الدولة إلى التحكيم، فتفقد بذلك الضمانات التى يتمتع بها أمامه والتى غايتها حسن قيامها على ماتنشغل به من نشاط ترتبط بالمصالح العامة للدولة [٢] . **أما الآخر**: يستند إلى المادة ٢٠٦٠ من التقنين المدنى المعدلة بمقتضى القانون رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٧٢ الصادر فى ٥ يوليه ١٩٧٢ التى استبعدت من الخضوع للتحكيم منازعات الأشخاص العامة ، والمنازعات المتعلقة بالنظام العام [٣] . وجزاء مخالفة هذا الحظر هو البطلان الذى ينعقد الإختصاص بالحكم به للقضاء الإدارى [٤] .

غير أن هذا الحظر ترد عليه عدة استثناءات نذكر منها مانصت عليه الماة ٢/٢٠٦٠ من التقنين المدنى من أنه يجوز بمرسوم الترخيص للمؤسسات العامة التجارية والصناعية من الإلتجاء إلى التحكيم . ولكن لم يصدر هذا المرسوم حتى الآن وإنما صدرت عدة قوانين رخصت لبعض هذه المؤسسات بالإلتجاء إلى التحكيم . من ذلك : قانون ٢ يوليه ١٩٩٠ الذى أجازه لهيئة البريد والإتصالات الفرنسية . والقانون رقم ١١٥٣ لسنة ١٩٨٢ الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٨٢ الذى رخص للشركة القومية للسكك الحديدية

---

(١) JARROSSON (CH): l'arbitrage en droit public A.J. 1997. P. 16.
MATTEI-DAWANE : (G.): Larbitrage en droit public . G.P. 1987. 24 juillet1987. P. 14.

(٢) ROMIEU : Conclusions sur .C.E. 17 mars 1893. Chemins de fer du Nor. 5.1894.3. p.119.

(٣) RIVERO (J.) Personnes morales de droit public et arbitrage. R. Aarbitrage. 1973. P. 263.

(٤) C.E 3 mars 1989. Sté. des autrouts de la region Rhône – Alpes. Rec : p. 69. concl : Guillaune. R.F.D. Ad. 1989. P.619. note : Pacteau.

الفرنسية (S.N.C.F.) بإمكانية الإلتجاء إلى التحكيم لفض منازعاتها ، إضافة إلى ذلك المادة ٩ من القانون رقم ٩٧٢ لسنة ١٩٨٦ الصادر فى ١٩ اغسطس ١٩٨٦،اذ رخص للدولة ، والأشخاص العامة شرط الإقليمية والمؤسسات العامة أن تدرج ضمن ماتبرمه من العقود العامة مع الشركات الأجنبية شرطا يقضى بالإلتجاء إلى التحكيم لفض مايثور عن التسوية المالية لتلك العقود من منازعات [١] .

بقى أن نعرف طبيعة مايصدر عن المحكم أو هيئة التحكيم ، غالبية الفقه والقضاء على أن المحكم يعتبر قاضيا وهيئة التحكيم جهة قضائية [٢] . ولعل هذا مايعبر عنه البعض بقوله أن المحكم يحل محل المحكمة ، ويحل حكمه محل حكمها [٣] . غير أن هذا الحكم لايكون ملزما إلا بعد صدور أمر قضائى بتنفيذه L'exequateur . وهذا الأخير يصدر فى منازعات التحكيم الإدارية من القضاء الإدارى [٤] .

اذن بالأمر التنفيذى الصادر عن القضاء الإدارى يكون حكم المحكم La sentence مثله كمثل الأحكام الصادرة عن القضاء الإدارى ، ويخضع حالئذ لذات القواعد التى يخضع لها تنفيذ هذه الأحكام ، بما فى ذلك قاعدة حظر الإلتجاء إلى قواعد التنفيذ العادية فى مواجهة الأشخاص العامة ، كما يمكن الطعن فيه بطريق الإستئناف أمام مجلس الدولة . إذ أن قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٧ بإنشاء محاكم الإستئناف الإدارية ، قصر اختصاصها على الفصل فى طعون استئناف أحكام المحاكم الإدارية فحسب [٥] . بما مفاده أن مجلس الدولة

---

(١) CHAPUS (R.) : op. cit. P. 152.

(٢) C.E. 4 janvier 1957, Lamborot. A.J. 1957 p.107 concl.

(٣) أ.د. أحمد ابو الوفا : التحكيم الإختيارى والإجبارى . اسكندرية . منشأة المعارف . الطبعة الخامسة . ١٩٨٨ . ص : ٢١.

(٤) أ.د. فتحى والى : التنفيذ الجبرى . القاهرة . دار النهضة العربية . ١٩٨٩. ص : ٩٦.

(٥) DRAGO (R.) : Les cours administratives d'appel. R.F.D. Ad. ==

يظل جهة الإختصاص بنظر استئناف أحكام المحكمين كما كان الحال قبل هـذا التعديل (١) . أما فى الحالات التى يتقرر فيها بنص خاص عدم جواز الطعن فى أحكام المحكمين بالإستئناف – على نحو ماقرره قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ – فإنه يكون لمجلس الدولة نظر الطعن فيها بطريق النقض (٢) .

بقى أن نعرف مدى امكانية الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ هذه الأحكـام . ذكرنا أنه يجرى بشأن تنفيذها ذات القواعد المطبقة على تنفيذ الأحكام الإدارية، ولما كان هذا من اثره عدم الإلتجاء إلى قواعد التنفيذ العادية فى إجرائها لطبيعة الأشخاص الذين تنفذ فى مواجهتهم (٣) . ففى هذه الحالة لايكون هناك مفر من الإلتجاء إلى الغرامة التهديدية لإجبار الشخص العام على الإمتثال لها . ولاينعقد الإختصاص حالئذ للمحكم أو هيئة التحكيم ، وإنما يكون لمجلس الدولة لسببين : أولهما أن مهمة المحكم تكون قد فرغت بعد صدور حكمه ، ولايكون له أى اختصاص بشأن تنفيذ الحكم بعد اصداره . إذ أنه يتجرد من أى سلطة بمجرد إصدار حكمه ، وتتولى المحكمة المختصة تفسير أو تصحيح ماوقع بمنطوقه من أخطاء ، أو مايثور بشأن تنفيذه (٤) ؛ ولذا لا يمكن حتى فى منازعات القانون الخاص أن يحكم بغرامة تهديدية بعد أن استنفد بصدور حكمه سلطته(٥). وكذا لا يجوز الاحتكام إليه ليأمر الشخص العام الممتنع عن التنفيذ بإجرائه تحت

== 1988. P. 196.

(١) C.E. 4 janvier 1957 – Lamborto. Rec. p.12. A.J. 1957. P. 108. Concl : Chardeau.

(٢) CHAPUS (R.) : op. cit. P 154.

(٣) MARCHAND (J.M.) : Procèdes du droit administratif J.C.Ad. 1989. Fax : 110 – p.18.

DUCOS-ADER (R.) : Le principe d'insaisissabilité. G.P. 1986 – 2 – p.474.

(٤) د. رأفت محمد سيد : تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية . رسالة دكتوراه . حقوق القاهرة . ١٩٩٦. ص : ٤٦ وما بعدها .

أ.د. احمد ابو الوفا : التحكيم ... المرجع السابق . ص : ٢٨٥ – ٢٨٦.

(٥) DU RUSQUEC (E.) : A streintes – Astreintes prouvoire J.C. Proc. ==

يجوز الإحتكام اليه ليأمر الشخص العام الممتنع عن التنفيذ بإجرائه تحت التهديد المالى . والأمر الآخر وهو الأهم أن الإختصاص ينعقد بصراحة نص المادة الثانية من قانون الغرامة لمجلس الدولة . فلا يجوز حتى لأى من جهات قضاء الدولة ممارسة هذا الإختصاص ، فيكون غير جائز من باب أولى للمحكم أو هيئات التحكيم إلا بنص خاص ، ولما كان هذا النص غير موجود حتى الآن ، فإن الإختصاص يظل على الأصل لمجلس الدولة . بل إن هذا النص يقف أيضاً حجرة عثره دون أن يقرن المحكم حكمه بغرامة تهديدية قبل صدوره ، إذ كما قلنا الإختصاص ينعقد لمجلس الدولة فى جميع الحالات مالم يتقرر بنص خلاص خلافه ، ولايوجد مثل هذا النص حتى وقتنا الحالى .

المطلب الثانى

شروط الحكم الإدارى الخاصة

تحديد وتقسيم :

٣٤ - وجه الخصوصية فى تلك الشروط ارتباطها بنوع جديد من الأحكام لم يألفه القضاء الإدارى قبل صدور قانون ٨ فبراير ١٩٩٥، يمثل أثـوا لضمان المشرع لحق المتقاضى فى عدالة سريعة وفعالة ، وحق القاضى فى أن يكفل بإيجابية تنفيذ أحكامه [1] . ونعنى بها الأحكام المرتبطة بأوامر تنفيذية يضمن بالغرامة التهديدية سرعة تنفيذها .

وسواء صدرت تلك الأحكام مقترنة بالأوامر ، أو كانت هذه الأخيرة لاحقة على صدورها ، أى أصدرها القاضى بعد أن اعترى تنفيذ حكمه عائقا

== Civil. 1994. Fas. 2130. P. 10-11.

(١) GAUDEMET (Y.): Le juge administratif, futur administrateur. Le juge administratif á l'aube de XXe siècle. Gernoble. presses universitaires de Grenoble. 1995. p.179.

حال دون تحققه ، فعاد اليه المحكوم لصالحه طالبا الحكم بها لضمان حدوثه ، نقول سواء كانت الأوامر معاصرة للحكم أو لاحقة عليه ، يلزم لكى تتخذ الغرامة التهديدية سبيلا لتنفيذها توافر عدة شروط : بعضها خاص بالأوامر ذاتها ، وبعضها الآخر يخص الحكم نفسه ، إذ تختلف هذه الأخيرة تبعا لما إذا كان الحكم صادرا عن المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية أو صادرا عن مجلس الدولة .

وفى فرع أول نتناول الشروط الخاصة بالأوامر التنفيذية ، توطئة لتفصيل الشروط الخاصة بالأحكام المتعلقة بها .

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بالأوامر التنفيذية

تحديد وتقسيم :

٣٥ - ينصرف هذا المفهوم هنا الى الأوامر التى يوجهها القاضى الإدارى إلى الإدارة بان تتخذ اجراء معينا يستلزمه تنفيذ حكمه ، أو تمتنع عن تصرف ما لايستوجبه . أنه اذن نوع من الإلتزام بعمل أو بالإمتناع عن عمل، ولكنه هذه المرة بأمر القاضى لابمجرد مقتضى الحكم . كما كان الحال سلفا .

وإذا كانت تلك الأوامر تتوحد تحت غاية واحدة هى تيسير مهمة الإدارة فى تنفيذ الأحكام الإدارية ، وقطع كل سبيل عليها للمطل فيه ، بدعوى غموضها أو عدم وضوحها بشكل تتعلل معه بصعوبة معرفتها بكيفية تنفيذها ، فإن جانبا من الفقهاء يجرى تقسيمها إلى نوعين ، معتدا فى ذلك بمعيار شكلى أكثر منه موضوعى : أوامر أساسية injonctions au fond ، وأوامر تنفيذ injonctions d'exé cution بزعم أن الأولى يصدرها القاضى أساسا مقترنة بمنطوق حكمه أما الثانية فتصدر لاحقة عليه بناء على طلب المحكوم له الذى صادف عنتا أو إعراضا من الإدارة فى التنفيذ [1] .

---

(١) GUETTIER (ch.) : op. cit . p. 4.

وعلى نحو مايبدو لاتوجد أية تفرقة فى الطبيعة بين هذين النوعين ، كما أن تنوعهما على هذا الشكل لايستتبع ، واقعيا أو قانونيا ، أية مغايرة موضوعية أو إجرائية فى التطبيق [1] . وإنما توحدهما تحت هدف ضمان تنفيذ الأحكام الإدارية يسمح بأن يطلق عليها تسمية واحدة هى الأوامر التنفيذية . ثم فى إطار ارتباطها بالغرامة يمكن التمييز بين الأوامر التنفيذية المرتبطة بغرامة تهديدية Les injonctions d'exécution assorties d'astreintes والأوامر التنفيذية غير المرتبطة بغرامة تهديدية أو الأوامر التنفيذية البسيطة Les injonctions d'exécution simples.[2]

والأوامر التنفيذية من حيث اتصالها بالحكم إما أن تمثل جزءا من منطوقه حين تصدر مقرونة به ، وحالئذ يكون لها ذات حجيته . وهنا تكون الغرامة سبيلا للإجبار على تنفيذها مثلها كالحكم الذى تضمنها . وحتى فى الحالات التى يحكم بها القاضى استقلالا بعد صدور حكمه ، وممانعة الإدارة لتنفيذه ، فإنها تكون بنص القانون – المادة ٨/٣ ، ٨/٤ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، المادة ١/٦ من قانون الغرامة – وسيلة تقضى على معارضة الإدارة للتنفيذ . ومن هنا تبرز معالم وظيفة جديدة لها ، إذ لم تعد أداة ضمان لتنفيذ الأحكام الإدارية المجردة وفقا لنظامها العام فى قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ ، وإنما صارت وسيلة لكفالة تنفيذ الأوامر التنفيذية [3]. ولعل بعضا من الفقهاء يشير إلى ذلك قائلا بأن ثمة علاقة وطيدة بين الغرامة التهديدية والأوامر التنفيذية . فالأولى تعد أداة رئيسية لكفالة احترام الثانية ،

---

(١) WOEHRLING (J.M.) : les normaux pouvoirs d`injonction du juge administratif selon la loi du 8 févriers 1995 : propositions pour un mode d`emploi. L.P.A. 24 mai 1995. P. 18,

(٢) D.E LAUBADERE (A) et autres : Traite de droit administratif. Paris. L.G.D.J. 14e édition. 1996. T.I. p.455.

(٣) GOUR DOU (J.) : Les normeaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte. R.F.D. Ad. 1996. p.333.

والقاضى بقصد أن يتوقى رفض الإمتثال لأوامره يقرن منطوق حكمه بغرامة تهديدية توقع حال الإمتناع عن تنفيذها [١] . غير أنه لكى تكون للأوامر ذات الأثر ، يلزم توافر شروط ثلاثة : أولها أن يطلب ذو الشأن من القاضى توجيه أوامر للإدارة صراحة ، والآخر أن تكون الأوامر المطلوبة مما يقتضيه تنفيذ الحكم فعلا ، وأخيرا أن يقدر القاضى أن تنفيذها يستلزم الحكم بغرامة تهديدية.

أولا : وجوب طلب توجيه أوامر تنفيذية إلى الإدارة :

٣٦ - وفقا للأسس القضائية لإعمال هذا الشرط فى المواد ٢/٨، ٣/٨ ، ٤/٨ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، والمادة ١/٦ من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ (قانون الغرامة التهديدية) يقتضى الوقوف على مفهومه ومداه والتعرض لعدة أمور : اسباب الطلب ، تحديد الطلب ، أنواع الطلب .

(١) أسباب الطلب :

٣٧ - إن أول مايستلفت النظر فى سلطة القاضى بتوجيه الأوامر التنفيذية ، انها سلطة غير مباشرة . بمعنى أن القاضى لايستطيع أن يمارسها مباشرة ومن تلقاء نفسه d'office حتى ولو تراءى له أن تنفيذ الحكم يستلزم تلك الأوامر . إذ لابد ، وفى جميع الأحوال ، أن يطلب ذو الشأن ذلك صراحة [٢] .

ولايقتصر هذا الشرط فى سريانه على المحاكم الإدارية ، ومحاكم الإستئناف الإدارية فحسب ، وإنما يسرى أيضا بالنسبة لمجلس الدولة وفقا للمادة ١/٦ من قانون الغرامة . وهذا على خلاف الحكم بالغرامة التهديدية التى يكون لمجلس الدولة أن يقضى بها من تلقاء نفسه ، حتى ولو لم يطلب ذلك المحكوم لصالحه .

---

(١) RIVERO (J.) et WALINE (J.) : op. cit. P. 203.

(٢) C.E. 18 oct. 1995. Ministre d'intérieur c/ Reghis. A.J. 1996. p.157.

والشرط ، على نحو مايبدو ، يعكس بتطلبه الأسباب التى حدت بالمشرع الى اقتضائه. أولها : النزول على مقتضى القاعدة الإجرائية التى تقضى بأنه لايجوز للقاضى أن يحكم بما لم يطلبه الخصم . إذ تحظر عليه ، فى غير المسائل المتعلقة بالنظام العام ، أن يقضى بأكثر أو بأقل مما طلبه الخصوم (١) . والآخر حقيقة نظرته إلى الأمر التنفيذى ، فإنه ، وعلى خلاف الغرامة التهديدية – ليس سبيلا للإجبار على التنفيذ ، وإنما هو وسيلة لتيسير مهمة الإدارة فى إجرائه ، وتذليل الصعاب التى قد تحول دون تمامه . ولذا إذا كانت الغرامة أداة فرض لاحترام الشئ المقضى به ، فإن الأمر يحدد للإدارة كيفية تحقيق مقتضيات هذا الإحترام . ولما كان المدعى هو الذى يقدر مدى الفائدة التى تعود عليه من الأمر ، وقدر ماتقتضيه علاقته بالجهة الإدارية المدعى عليها من لزومه ، فإنه يكون من اللازم ألا تقضى المحكمة به الا بناء على طلبه ، وإلا ترتب على تدخلها ماكان لايرجوه ولايقصده (٢).

(٢) تحديد الطلب :

٣٨ – لايكفى مجرد تقديم الطلب لإحداث أثره فى الحكم بالأمر ، وإنما يلزم أن يحدد فيه صاحب الشأن الإجراء الذى يريده صراحة ، أى الذى يراه مرضيا لقناعته فى تنفيذ الحكم فى حدود مقتضاه . وهذا ماتشير اليه عبارة وردت فى سياق النصوص السالفة : " conclusions en sens " ويترتب على ذلك رفض الطلب العام demande générale أى الذى يعلن من خلاله ذو الشأن رغبته فى توجيه أمر يقتضيه تنفيذ الحكم دون أن يحدد الإجراء الذى يريده تاركا تلك المهمة للقاضى (٣) .

---

(١) AUBY (J.M.) : L'ultra petita dans la procédure contentieuse administrative. Mél : Waline. Paris L.G.D.J. 1964. p.267.

(٢) V.Rapport de la commission des lois de L'Assemblée nationale. Doc. Ass. Nat. 1993 – 1994. No : 1427. T.2. p.106.

(٣) C.E. 4 juillet 1997. M. Levceau et autres. A.J. 1997. p.635.

وقد يبدو من كتابات بعض الفقهاء أن هذا النوع من الطلبات يكفـــى لأن يأمر القاضى باتخاذ الإجراء الذى يراه مناسبا لتنفيذ الحكم على سند من القـــول بأن تنفيذ الأحكام مسألة تتعلق بالنظام العام ؛ ولذا يكون للقاضى أن يتعـــرض لها من تلقاء نفسه . وهذا يقتضى أن يتخذ بشأنها مباشرة من الإجراءات مـــايراه لازما لكفالة تنفيذها دون تجاهل مالطلب الخصم من أثر فى هذا الشأن .غـــير أن طلبه يتوقف عند حد اعلان رغبته فى اتخاذ الإجراء الملاءم للتنفيذ ، علـــى أن يتولى القاضى بعد ذلك مهمة تحديد هذا الإجراء (١) .

وبغض النظر عن الإعتبارات المنطقية التى يستقر عليها هذا الرأى فإنـــه لايمكن قبوله ؛ وذلك لمعارضته للنصوص التشريعية السابقة التى تلـــزم بـــأن يكون طلب المدعى صريحا ومحددا لا لإعلان القاضى بمقصده فحسب ، وإنمـــا بتحقيق مبتغاه من الحكم . فضلا عن ذلك يخالف هذا الرأى الإتجاه العام لقضاء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية العادية والإستئنافية فى هذا الشأن بضـــرورة أن يكون الطلب صريحا ومحددا (٢) . وأخيرا أن ترك مهمة تحديد الأوامر اللازمة لتنفيذ الحكم للمحكمة المختصة لم يجزها المشرع إلا فى حالة واحدة ، مقصورة على الطلب اللاحق على صدور الحكم ، وثبوت الإمتناع عـــن تنفيـــذه ، وفقـــا للفقرة الثالثة من المادة ٨/٤ من التقنين التى افادت بأنه إذا كان الحكم المطلـــوب تنفيذه لم يحدد الإجراءات اللازمة لذلك ، فإنه يكون للمحكمة التـــى اصدرتـــه تحديدها . حالئذ يكون الطلب الذى يتقدم به المحكوم لصالحـــه إلـــى المحكمـــة المختصة منطويا على أمرين : تكليف المحكمـــة بدايـــة بتحديـــد الإجـــراءات الواجبة لتنفيذ هذا الحكم ، ثم توجيه أوامر إلى الإدارة باتخاذها .

وقد يعن للبعـــض أن يتساءل : إذا كان لابد أن يكـــون الطلب محددا ،

---

(١) CHABANOL (D.) : un printemps procédural pour la juridiction administrative. A.J. 1995. p.388.

(٢) C.E. 7 avril 1995 – Grekos. Rec : p.159. R.F.D. Ad. 1996. p.61.
T.A Rouen 9 juin 1995 – Clinique du parc. R.F.D. Ad. 1996. p.352.
T.A Rouen 9 janvier 1996 – Godefroy. R.F.D. Ad. 1996. p.352.

فماذا لو كان تحديده ناقصا ؟ . الأمر يختلف تبعا لدرجة نقصانه ومدى تأثيرها على مضمونه . فإذا كان النقصان كبيرا بحيث لايستشف منه مايريده الطالب فإن المحكمة لاتستطيع أن تتولى ذلك عنه ، فيكون فى أثره كالطلب العام يستوجب الرفض .أما إذا كان النقص بسيطا لاتأثير له على مضمونه ، والوقوف على محتواه ، أو كان كذلك ، ولكن ظروف الحال والملابسات التى أحاطت به تعين على تحديده وتلمس قصد الطالب منه ، فهنا لاأثر لذلك على صحته . ففى دعوى تتلخص وقائعها فى أن السيد .Nkouakova ، وهو زائيرى الجنسية ، قدم إلى فرنسا للدراسة ، غير أن الإدارة رفضت أن تمنحه ترخيص إقامة طالب مما اضطره للطعن بالإلغاء على قرار الرفض أمام محكمة Melun الإدارية التى رفضت بدورها طعنه ، بحكمها الصادر فى ٢٠ نوفمبر ١٩٩٦ ، فاستأنف الحكم أمام محكمة استئناف باريس الإدارية مطالبا بإلغاء هذا الحكم ، وإلغاء قرار محافظ Val – de – Marme الصادر فى ٢٠ ابريل ١٩٩٥ . كما طلب من المحكمة أن توجه أمرا إلى المحافظ بمنحه ترخيص اقامة بصفته طالبا . ولم يحدد فى هذا الطلب إذا كان هذا الترخيص يريده للعام الدراسى الذى رفع خلاله دعواه (٩٤ – ١٩٩٥) أم كان لهذا العام والعام الذى يليه وحتى الإنتهاء من دراسته ، كان أمام المحكمة اتخاذ أحد موقفين : إما أن تحيل الأمر إلى الإدارة لتجرى تحقيقا جديدا تلزمها بعده بأن تتخذ قرارا بمنحه ترخيص اقامة طالب خلال مدة محددة إذ تبين لها أن المركز القانونى والواقعى لصاحب الشأن لم يتغير ، ولم يحدث منه مايفقده أحد الشروط اللازمة للحصول على الإقامة ، وفقا للمادة ٢/٨ من التقنين (١) ، أو أن توجه أمرا إليها بمنحه ترخيص اقامة طالب عن العام الدراسى الذى صدر خلاله قرار الرفض وهو عام ٩٤-١٩٩٥ باعتباره العام الذى تتطابق فيه حالته الواقعية والقانونية مع الأوراق المعروضة على المحكمة ، مما يعنى أنها وقفت على ظروفه جميعها بشكل يجعل حكمها أكثر اتفاقا مع ظروف الحال . ويبدو أن المحكمة قد مالت إلى الموقف الأخير فأمرت – بعد الغاء حكم المحكمة

---

(١) C.E. 4 juillet 1997 Mme Bourezak. A.J. 1997. p.636.

الإدارية وقرار الإدارة بالرفض – المحافظ بتسليمه ترخيص اقامة مؤقتة بصفته طالبا خلال شهرين من اعلانه بهذا الحكم عن العام الجامعى ٩٤– ١٩٩٥ [١] .

هذا ، ولتحديد الطلب أثره على نطاق سلطة القاضى فى الحكم بالأوامر التنفيذية ، إذ تكون هذه السلطة مقيدة ، لاتحمل أى وجه للتقدير غير تقدير ما إذا كان الإجراء المطلوب مما يقتضيه التنفيذ أم لا . فإذا استبان له أن التنفيذ يستوجبه ، يكون لزاما عليه أن يأمر به ، ولايمكنه الحكم بإجراء آخر [٢]. أما إذا تبين له خلاف ذلك فإنه لايستطيع إلا رفض الطلب دون أن يكون له الأمر باتخاذ الإجراء الصحيح أى الذى يقتضيه التنفيذ ، إذ لاحق للقاضى هنا فى الحلول محل الطالب فى اختيار الإجراء المناسب ، ولاسلطة له فى استبدال إجراء غير مطلوب بآخر مطلوب مهما كانت درجة صحة الأول وخطأ الأخير[٣] . ولذا فإن محكمة روان الإدارية ، رغم أنها أشارت فى حكمها إلى أن الإجراء الذى يقتضيه تنفيذ الحكم هو توجيه أمر إلى الإدارة بإعادة فحص ملف الطاعن تمهيدا لإتخاذ قرار جديد إلا أنها لم تحكم به ، بل على العكس رفضت طلب الطاعنة ، لأنه كان يتضمن توجيه أمر باتخاذ اجراء آخر [٤] .

ولكن ماذا عساه أن يفعل ذو الشأن حتى يتجنب رفض طلبه لاسيما حين يغم عليه معرفة الإجراء الذى يقتضيه تنفيذ الحكم بدقة ؟ . يبدو أنه ليس أمامه من سبيل إلا أن يطلب بصفة اصلية الأمر بما يراه لازما لتنفيذ الحكم بصورة محددة، كأن يطلب مثلا الأمر بمنحه الترخيص حال الحكم بإلغاء قرار رفضه وفقا للفقرة الأولى من المادة ٢/٨ من التقنين . ويطلب بصفة

---

(١) C.A.A. Paris 27 oct. 1998. M. Nkouakova. A.J. 1999. p.277 et chronique de jurisprudence des cours administratives d'appel. A.J. 1999. p.221.

(٢) MAUGUI (J.) : Conclusions sur C.E. 26 juillet 1996. Association lyonnaise des protection des locataires. R.F.D. Ad. 1996. p.773.

(٣) T.A. Limoges : 7 decembre 1995. cts. Descat et Calary de lamaziere c/ Dpt. de la conze. R. F.D.Ad. 1996. p. 384.

(٤) T.A. Rouen : 9 janvier 1996. Godefroy. R.F.D. Ad. 1996 p.352.

احتياطية الأمر بإجبار الإدارة على إصدار قرار بمنحه هـذا الـترخيص بعـد فحص جديد للأوراق خلال مدة معينة على نحو مانصت عليه الفقرةالثانية مـن ذات المادة [١] . وهو بذلك يكون قد طوى طلبه على مافصلته المـادة٨/٢ مـن التقنين التى وضعت الأسس العامة لقبول طلبات الأوامر التنفيذية السابقة علـى صدور الحكم. وتدليلا على ذلك قضت محكمة ليون الإدارية بأن تنفيـذ الحكـم الصادر بإلغاء رفض منح رخصة بناء لايقتضى - كما طلب الطـاعن بصفـة أصلية - تسليم هذه الرخصة ، وإذا كان لامناص أمام المحكمة من رفض طلبـه تطبيقا للفقرة الأولى من المادة٨/٢ مـن تقنيـن المحـاكم الإداريـة العاديـة والإستئنافية إلا أنه وقد طلب بصفة احتياطية توجيه أمر إلـى العمـدة بإعـادة فحص طلب حصوله على هذه الرخصة . فقد قضت المحكمة بقبول هذا الطلـب ووجهت أمرا إلى العمدة بأن يفحص طلب الترخيص خلال ثلاثة اشهر ابتـداء من اعلانه بهذا الحكم [٢] .

(٣) أنـواع الطلـب :

٣٩ - إذا كانت طلبات توجيه الأوامر تتوحد من حيث غايتها ، فإنـها تتنوع ، اعتدادا بوقت تقديمها ، على نحو ما أفصحت المادتان ٨/٢ ، ٨/٤ من التقنين ، والمادة ٦/١ من قانون الغرامة ، إلى نوعين : طلبات سـابقة علـى صدور الحكم ، وطلبات لاحقة لصدوره .

فأما الطلب السابق على صدور الحكم فيتقدم به المدعى إمـا مقرونـا بالطلب الأصلى فى الدعوى أو منفصلا عنه ، أى يستوى أن يقدمـه فـى ذات صحيفة دعواه مع الطلب المفتتح للخصومة ، أو يتقدم به مـن خـلال طلـب مستقل أثناء سيرها ، ولايفرق فى الأثر أن يرفعه بذات الإجـراءات المعتـادة

---

(١) T.A Rennes:29 janvier 1996 . M. Aymerci Luque et de Saint-Germain. R.F.D. Ad. 1996. p.350.

(٢) T.A. Lyon: 29 mars 1995. Sté civile immobiliére pegay. Rec:P. 989.

لرفع الدعوى قبل ميعاد الجلسة المحددة لنظرها ، أم يبديه شفاهة فيها مع اثبات مضمونه فى محضرها . وإذا كان التماثل قائما بين هذا النوع من الطلبات وبين طلب وقف تنفيذ القرار الإدارى المطعون عليه بالإلغاء من حيث الإرتباط القائم بين كلا منهما وبين الطلب الأصلى ، فإنهما يفترقان من ناحيتين : عدم اشتراط وحدة الصحيفة فى الأول دون الثانى . بمعنى عدم تطلب اجتماع الأول مع الطلب الأصلى فى صحيفة دعوى واحدة ، وتطلبه بالنسبة للثانى كأصل عام (١) . أما الناحية الأخرى فتتعلق بوحدة القاضى الذى يفصل فى تلك الطلبات ، إذ أنه فى حالة طلب توجيه الأمر يكون هو ذات القاضى الذى يفصل فى الطلب الأصلى (المادة ٢/٨ من التقنين ، ١/٦من قانون الغرامة). فى حين ليس هذا التوحد متطلبا بالنسبة للحالة الأخرى ، إذ يمكن فى بعض الأحيان أن يقدم طلب وقف التنفيذ أمام جهة غير قاضى الموضوع (٢) . ولعل الميزة التى قصدها المشرع بهذا الإرتباط بين الطلب الأصلى وطلب توجيه الأمر من ناحية وحده القاضى أن يضع الدعوى برمتها أمام ذات المحكمة مما يحقق ميزة الإلمام التام بمختلف عناصرها ، فيكون حكمه اقرب إلى العدالة . فضلا عما يترتب على ذلك من فائدة تبسيط واختصار الإجراءات مما يفضى إلى سرعة الفصل فى الدعوى . إضافة إلى مايحققه ذلك من تذليل ماقد يتوقع من صعوبات تعوق تنفيذ الحكم فى الطلب الأصلى عند صدوره .

أما الطلب اللاحق لصدور الحكم فعلى نحو مايبدو لايثور أمره إلا بعد أن تصدر المحكمة حكمها وتمتنع الإدارة أو تهمل تنفيذه . وهو لذلك يفترض أمرين : أولهما أن الحكم لم ينفذ ، سواء رجع ذلك لرفض الإدارة صراحة تنفيذه ، أو تعنتها ووضع العراقيل دون تمامه . أما الآخر صدوره دون أن يتضمن أوامر يستلزمها تنفيذه ؛ لأن المحكوم لصالحه لم يطلب من المحكمة

---

(١) Moderne (F.): Sur nouveau pouvoir d'injenction du juge administratif. R.F.D. Ad. 1990 p. 43.

(٢) أ.د. محمد فؤاد عبدالباسط : وقف تنفيذ القرار الإدارى .المرجع السابق . ص : ٢٣٤ ومابعدها .

أثناء سير الدعوى أن تأمر بما يكفل هذا التنفيذ [(١)] .

فى هذه الحالة ينشأ له بمقتضى القانون حقا جديدا فى أن يقدم طلبا باتخاذ مايراه لازما لتنفيذ هذا الحكم ، حتى ولو كان هـذا الأخـير قطعيـا definitif (المادة ٤/٨ من التقنين) . وعلى هذا النحو يمثل الطلب بذاته خصومة جديدة ، وتقام عنه دعوى مستقلة ، لها نظامها الإجرائى الذى يتماثل مـع ذاك المتبـع بالنسبة للغرامة التهديدية . وهذا مايقتضى ارجاء الحديث عنه الـى ماسـيأتى لاحقا .

ثانيا : ضرورة أن تكون الأوامر المطلوبة مما يقتضيها التنفيذ :

٤٠ - لايكفى أن يطلب صاحب الشأن من القاضى توجيه أمر باتخـاذ اجراء تنفيذى ليحصل عليه ، وإنما لابد أن يتحقق القاضى مـن أن الإجـراء المطلوب مما يقتضيه التنفيذ (المادة ٢/٨ التقنين ، ١/٦ من قانون الغرامة). وانتفاء الشرط يفضى إلى رفض الطلب . إذ القـاضى لايتمتـع هنـا بسـلطة تقديرية، وإنما سلطته مقيدة : فإما أن يرفض الطلب ، وإما أن يقضى باتخـاذ الإجراء اذا تبين أن التنفيذ بالفعل يستوجبه [(٢)] .

وإذا كان اقتضاء التنفيذ يمثل معيارا لتحديد دور القـاضى فـى نطـاق الأوامر التنفيذية ، فإنه من ناحية أخرى يتخذ أساسا للتمييز بين هذه الأوامـر من حيث درجة اتصالها بتنفيذ الحكم . إذ وفقا له تتنوع إلـى أنـواع اربعـة : أوامر منبتة الصلة عن تنفيذ الحكـم ، أوامـر ذات صلـة بـالحكم ، ولكـن لايستوجبها تنفيذه ، أوامر باتخاذ اجراء محدد يستلزمه تنفيذ الحكـم ، أوامـر بإصدار قرار آخر بعد تحقيق جديد .

(١) الأوامر المنبتة الصلة بالحكم المطلوب تنفيذه :

٤١ – أن المتأمـل فى النصوص المنظمة للأوامـر التنفيذية سـواء

---

(١) GUETTIER (CH.) : op. cit. p. 16.

(٢) DEBBASCH (R.) : op. cit. p.166.

الواردة فى المواد من ٢/٨ إلى ٤/٨ من التقنين ، أو المادة ١/٦ من قانون الغرامة التهديدية ، يلحظ أن المشرع حين اعترف للقاضى الإدارى بتوجيه أوامر للإدارة قصر ذلك على الأوامر المتصلة بحكم مطلوب تنفيذه . ولذا نرى الربط التشريعى قائما بين تلك الأوامر وتنفيذ الحكم على نحو يتأكد منه أن توجيه الأوامر لابد أن يكون مرتبطا بهدف محدد ، هو كفالة تنفيذ الأحكام الإدارية فحسب (١) . وهذا يترتب عليه نتيجة هامة ، يتحدد على اساسها ما إذا كان الخطر التقليدى بألا يوجه القاضى الإدارى أوامر إلى الإدارة قد اختفى تماما ، أم مازالت له بقية من أثر • وهى أنه لايجوز للقاضى الإدارى توجيه أوامر الى الإدارة لاتتعلق بتنفيذ حكم أصدره . ولعل هذامادعا البعض الى القول بأن هذا القانون لم يلغ مبدأ الخطر ، إذ رغمه مازال قائما ، وإنما كل أثره أنه حد من نطاق اعماله سواء بالنسبة للقضاء الذى خوله تلك السلطات أو الحالات التى تمارس فيها (٢) .

ويبدو أن هذا مادفع ببعض الفقهاء إلى القول بأن التعديلات التى أجراها قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ • وأجاز بمقتضاها للقاضى الإدارى أن يتخذ من الأوامر مايقتضيها تنفيذ أحكامه ، لم تقض تماما على الحظر المفروض عليه بألا يوجه أوامر إلى الإدارة ، إذ أنه ، رغم تلك النصوص ، لازال قائما . فيما عدا مايتصل بتنفيذ الحكم من أوامر أو إجراءات (٣) .

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة برفض طلب الطاعنة التى التمست أن

---

(١) PICARD (E.) la loi du 8 février 1995 relative á l'organisation des juridictions et á la procédure civile, pénale et administrative. Aspects administratifs. J.C.P. 1995. 19 avril 1995 – 1 – 3840.

(٢) CHAPUS (R.) : Droit du contentieux administratif. Paris. Mont Christien. 1995. p. 803.

(٣) HUGLO (ch). et LEPAGE (C) : Le Titre IV de La loi 95 – 125 du 8 février 1995. consacré á la juridiction administrative contient il des dispositions revolutionnaires ? L.P.A. 12 mars 1995. No : 33. p.9.

يوجه أمرا إلى الإدارة بالسماح لها بالحصول على أحد التقارير من ملف خدمتها ، معللا رفضه بأن هذا الأمر ليس مما يتعلق بتنفيذ الحكم الذى اصدره، ولايعد تبعا لذلك اجراء من الإجراءات اللازمة لتنفيذه . ولذا لايجوز له أن يأمر الإدارة باتخاذه ، إذ ليس للقاضى الإدارى ، خارج هذا النطاق ، أن يوجه أوامر إلى الإدارة (١) .

ويسلك المجلس ذات الإتجاه فى أحكام عديدة فيرفض فى أحدها أن يقضى للطاعنة بما طلبت من الغاء قرار ادارى رفض مشاركتها فى إحدى المسابقات ، وتوجيه أمر إلى الإدارة بقبول مشاركتها فيها . وإذا كان المجلس قد ألغى لعدم المشروعية هذا القرار إلا أنه رفض أن يوجه إليها ماطلبته الطاعنة على سند من القول بأنه لايدخل فى نطاق الحالات المنصوص عليها فى قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ ، والتى لامحل لتطبيق نصوصه فى هذه المنازعة ، وفى حدود ذلك لاينيط بالقاضى الإدارى توجيه أوامر إلى الإدارة ... (٢) .

ولكم كانت تلك الأحكام مخيبة للآمال ، فقد كان أمل الفقه معقودا على مجلس الدولة لينتهز الفرصة التاريخية التى منحها له المشرع ، ويحرر القاضى الإدارى من رباق هذا الحظر الذى يتجرد من كل أساس قانونى أو منطقى يبرر بقاءه . ولعل هذا مادفع ببعض الفاقهين الى أن ينعى على هذا القانون ، أنه رغم مامنحه من سلطات جديدة للقاضى الإدارى إلا أنه يظل مايتمتع به قاضى تجاوز السلطة محدودا بالنسبة لما يتمتع به قاضى القضاء الكامل ، إذ أن سلطة الأمر التى يعترف له بها تظل محدودة الأثر إذا ماقورنت بسلطة الحلول مثلا التى يتمتع بها قاضى القضاء الكامل . بل ومما يقلل من فاعليتها أن ممارستها تظل مرتهنة بشرط تبرير تنفيذ حكمه لاتخاذها ، بينما قاضى القضاء الكامل يستطيع ، حتى من قبل هذا القانون ، أن يستبدل بالقرار الذى الغاه قرارا آخر

---

(١) C.E. 28 février 1996. Mme. Faugeux. J.C.Ad. 1997. p. 10.

(٢) C.E. 13 mars 1996. Mme Berthélemy. J.C. Ad. 1997. p.10.

C.E. 18 mars 1996. deux arrêts. Mme Fraysse et M. Baued. Rec p. 125.

دون التقيد بهذا الشرط أو بغيره . كما يمكنه تعديل ما اتخذته الإدارة من جزاءات أو قرارات • في حين لايملك قاضى تجاوز السلطة ايا من ذلك حتى الآن . إذن المشرع بربط الأوامر بتنفيذ الحكم لم يفعل أكثر من التقليل من حدة الحظر ، ليظل لقاضى القضاء الكامل – ودون نص يعترف له بذلك – من السلطات مايفوق مايتمتع به قاضى تجاوز السلطة . ويكفيه أن له دون سلطة الحلول محل الإدارة (١) .

(٢) أحكام لايقتضى تنفيذها توجيه أوامر تنفيذية :

٤٢ – هناك من الأحكام ماتتأبى طبيعته على توجيه أوامر لكفالة تنفيذها ، أى أنه لايعوزها اية اجراءات يأمر القاضى الإدارة باتخاذها لوضعها موضع التطبيق العملى . وهذه الأحكام يمكن تصنيفها ، تبعا لدرجة الزامها إلى صنفين : أحكام غير ملزمة أى لاتقضى بشئ يلتزم طرف بتأديته الى الآخر ، ومثلها أحكام الرفض . وأحكام بطبيعتها ملزمة ، ولكن تنفيذها لايثير صعوبة تستوجب الأمر باتخاذ اجراء لتنفيذها ، فهى بذاتها كافية لتحقيق هذا الغرض كالأحكام المالية (فضلا عما أوردنا سلفا) . نعرض لها ثم نتناول بعد ذلك الوضع الخاص بالأحكام الصادرة بإلغاء القرارات اللائحية .

أ – أحكام الرفض : jugements de rejet

٤٣ – سواء انصبت على رفض الدعوى برمتها ، أو طلبات المدعى الأصلية أو العارضة أو الطعن ، لايقتضى تنفيذها الأمر باتخاذ أى اجراء محددا كان أم غير محدد (٢) . أقام السيد Heulin أمام مجلس الدولة طعنا بإلغاء حكم محكمة باريس الإدارية الصادر فى ١٣ اكتوبر ١٩٨٨ ، رفضت بمقتضاه طلباته التى كانت تتلخص فى الغاء لتجاوز السلطة قرار مدير أكاديمية باريس بفصله من عمله كأستاذ مشارك للغة الإنجليزية وإدانة الدولة بدفع

(١) BERNARD (M.):Le recours pour excès de pouvoir est-il frappe á mort.?. A.J. 1995. P. 190.

(٢) GOURDOU (J.) : Les normeaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte. R.F.D. Ad. 1996. p. 336.

بفصله من عمله كأستاذ مشارك للغة الإنجليزية وإدانة الدولة بدفع تعويض عما لحقه من أضرار نتيجة هذا الفصل غير المشروع ، وتوجيه الأمر بإعادته الى وظيفته وفى ذات المكان الذى كان يعمل فيه . ولما تثبت مجلس الدولة من مشروعية الفصل لعدم كفايته المهنية ، قضى بتأييد الحكم ، ورفض طلباته ، واسس على ذلك رفض طلبه بتوجيه أمر بإعادته إلى عمله وذلك بقوله ... إن هذا الحكم – أى حكم الرفض – لايقتضى ايا من اجراءات التنفيذ المنصوص عليها فى المادة ٧٧ من قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ ، مما يستوجب رفض طلب الطاعن [1] . وفى طعن قدم أمام مجلس الدولة من السيد Surry استاذ جامعى فى قرار رفض ترقيته الصادر من وزير التعليم العالى والبحث ، قضى تأسيسا على رفض الغاء هذا القرار ، بعدم قبول طلبه باتخاذ أمر بترقيته بقوله ... اعتبارا بأن هذا الحكم ، الذى بمقتضاه رفض طلب السيد Surry بإلغاء قرار وزير التعليم العالى الصادر فى ١٨ اكتوبر ١٩٩٣ ، لايقتضى اتخاذ أى اجراء تنفيذى . فإن الأمر بترقيته يكون غير مقبول [2] .

وإذا كان البعض يذهب إلى أن السياسة القضائية لمجلس الدولة فى هذا الشأن .. تحول دون اطلاق القول بأن أحكام الرفض لاتقتضى فى جميع الأحوال الأمر باتخاذ اجراءات تنفيذية [3] ، وتلك مسألة عرضنا لها سلفا ، فإنه يبدو أن مجلس الدولة ظل وفيا لتطبيقها حتى فى الحالات التى تستأنف الإدارة حكما ضدها ويرفض الطعن مؤيدا حكم أول درجة بما يتضمنه من أوامر تنفيذ. إذ أن تأييد هذا الحكم يستوجب توجيه ما انطوى عليه من أوامر ، ولكن مجلس الدولة يرفض هذا النظر ، ويجرى عليه مايطبق بشأن أحكام الرفض. ومثل ذلك الطعن الذى أقامته مدينة باريس بإلغاء حكم محكمة باريس الإدارية بإلغاء قرار عمدتها الصادر فى ١٤ اكتوبر ١٩٩٣ بتخصيص المكانين رقمى

---

(١) C .E. 27 mars 1995. M. Heulin. Rec : p.141

(٢) C.E. 7 avril 1995. M. Surry. Rec. p.158.

(٣) STAHL (J.H). et CHAUVAUX (D.) : Chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1995. p.117.

٢٥، ٢٦ من سوق " Point du jour " للسيدة Pawl . وهذا فضلا عن طلبها برفض طلبات M. et Mme Toudroso بتوجيه أمر إليها بتخصيص هذين المكانين لهما باعتبارهما من تجار الخضار والفاكهة . وهو ما أمرت به المحكمة الإدارية فى هذا الحكم • وإذا كان مجلس الدولة رفض هذا الطعن وأيد حكم المحكمة الإدارية ، فإنه رفض أيضا أن يتضمن حكمه توجيه تلك الأوامر بقوله ... اعتبار أن هذا الحكم ، الذى بمقتضاه رفض استئناف مدينة باريس ،لايقتضى أى اجراء من اجراءات التنفيذ ، فإنه نتيجة لذلك تكون طلبات M. et Mme Toudroso مرفوضة (١) .

(ب) – الأحكام المالية : jugemtnts pécuniaires :

٤٤ – تعتبر هذه الأحكام مثلا لما يصدر فى دعاوى الحقوق ، على نحو ما أسلفنا ذكرا ، وهى أحكام لطبيعتها المحددة تمتاز عما سواها بأنها واضحة يدل منطوقها وأسبابها الجوهرية على مضمونها . ويعكس هذا جميعه بدقة مايترتب عليها من نتائج الأمر الذى لايثير صعوبة فى تنفيذها ، ولا يغمض معه غموضا تتعلل به الإدارة لعدم امكانية إجرائه . فالحكم الصادر بالتعويض مثلا يتحدد فيه مبلغ التعويض مقدرا ، حتى فى الحالات التى لا يتحدد فيها المبلغ المحكوم به صراحة ، فإن الحكم يصدر منطويا على أسس يتم وفقا لها تقديره بشكل لامنازع فيه . إذن هذه الأحكام يفصح مضمونها عن نتائجها وتدرك الإدارة من منطوقها ماينبغى عليها فعله لتنفيذها (٢) . ولذا كما

---

(١) C.E. 6 novembre 1995. ville de Paris c/ M. Mme Toudroso. R.F.D. Ad. 1996. p.63.

C.E. 4 octobre 1995. M. Servillat. R.F.D. Ad. 1996. p.62.

(٢) WOEHRLING (J.M.): Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif selon la loi du 8 février 1995 : propositions pour un mode d'emploi. L.P.A. 24 mai 1995. No: 62 p. 18-19.

يقال انها كافية بذاتها ولاتحتاج إلى أوامر تنفيدية [١] . إذ كل ماتنطوى عليه هو التزام يقع على عاتق الإدارة بالوفاء بما حكم به [٢] .

بيد أنه إذا كانت هذه الأحكام لايقتضى ، كما ذكرنا ، توجيه أوامر لتنفيذها ، فماذا لو كانت الإدارة سيئة النية فماطلت أو اتخذت من المهل سبيلا لتعطيل تنفيذها ؟ . فى هذه الحالة لامندوحة عن أن تتبع المحكمة المختصة أحد طريقين : إما أن توجه أمرا مجردا الى الإدارة بدفع المبلغ المحكوم به خلال مدة معينة [٣] . وإما أن توجه هذا الأمر مقرونا بحكم بغرامة تهديدية عن كل يوم تتأخر فيه عن التنفيذ . وحالئذ لايكون الأمر بكيفية التنفيذ اذ الحكم لايحتمله كما ذكرنا سلفا ، وإنما بضرورة اجرائه . وغالبا مايؤثر فى التطبيق هذا الأخير باعتباره أكثر ردعا للإدارة ، وأفعل فى مقاومة سوء نيتها ، وأمضى فى القضاء على ممانعتها وتسويفها فى التنفيذ . ولعل المثل الذى بين أيدينا يوضح ذلك . فبعد أن رفضت محكمة استئناف نانت الإدارية توجيه أمر إلى المستأنف ضدهما ، بناء على طلب المستأنفة Libman على اعتبار أن تنفيذ الحكم المستأنف – وهو حكم بالتعويض – لايقتضيه ، قضت بالزام المستأنف ضدهما بدفع مبلغ التعويض المحكوم به من محكمة روان الإدارية خلال شهرين من اعلانها بهذا الحكم، وبغرامة تهديدية قدرها ٥٠٠ فرنك يوميا عن كل يوم تأخير حتى تنفيذ حكم التعويض [٤] . مرة أخرى ، وفى حكمها الصادر فى ١٩ ديسمبر ١٩٩٥ ، وجهت محكمة استراسبورج الإدارية أمرا إلى ادارة اقليم Seingbouse بأن تدفع دون تأخير إلى السيدة Fiébig تعويضا قدره ٦٠,٠٠٠ فرنك خلال شهرين من اعلان هذا الحكم ، مع غرامة

---

(١) MODERNE (F.) : op. cit. p.55.

(٢) T.A. Châlone, 13 février 1996. Chonier. R. Ad. 1996. com. 283.

(٣) GUETTIER (ch.) : Exécution des jugements ... op. cit. p. 105.

(٤) CAA. Nantes: 11 décembre 1996–commune de la croix Saint-Leufroy et commune d' Alliy. A.J. 1997. p.309. p.280.

قدرها ١٠٠٠ فرنك يوميا فى حالة التأخير (١) .

ولايفوتنا أن نشير إلى اتجاه جديد فى شأن علاقة الأحكام المالية بنظام الأوامر ، يجيز للمحكمة المختصة حال حكمها بالتعويض - وبناء على طلب ذى الشأن ، وإذا كان الضرر المفضى للتعويض ناتجا عن عطل أو تلف فى إحدى أجهزة المرفق أو وسائله - أن توجه أمرا إلى الإدارة بإصلاح هذا التلف أو العطل أو وقف الأعمال الضارة بوجه عام خلال مدة معينة (٢) . وهذا ماتنص عليه أيضا الفقرة الأولى من المادة ٦/١ من قانون الغرامة بالنسبة لمجلس الدولة . ومن وجهة أخرى إذا كان الضرر المستوجب للحكم به مرجعه إلى تأخر الإدارة فى تنفيذ بعض الأعمال أو المشروعات العامة ، فإن للمحكمة حالئذ أن تأمر الإدارة بتنفيذ تلك الأعمال خلال مدة محددة (٣) . إذن فى تلك الحالة يتراءى لنا أن الحكم يحمل التزامين مما يضفى عليه طابعا مختلطا: التزام مالى يتمثل فى التعويض، وآخر مادى يتمثل فى إزالة الشئ الضار أو اقامة الفعل النافع . والإلتزام الأخير يعد اتجاها قضائيا جديدا ، فى هذا الشأن، إذ كان فيما مضى محظورا على القاضى الإدارى فرضه أو الأمر به ، باعتباره تدخلا فى عمل الإدارة ، على نحو يخل بمبدأ فصل الهيئات (٤) .

(ج) الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات اللائحية :

٤٥ - يمثل تنفيذ هذه الأحكام نقطة بحث هامة فى نطاق نظام الغرامة والأوامر التنفيذية تبعا. إذ تثير بطبيعتها تساؤلا جديرا بالنظر عما إذا كان

---

(١) T.A. Strasbourg: 19 décembre 1995. Mme Marie-Fiebig c/ commune de Seingbouse. R.F.D. Ad. 1996. P. 439.

(٢) CADENAT (P.) : Note sous C.A.A. Nantes 11 décembre 1996 commune de la croix Saint-Leufroy et commune d'Alliy A.J. 1997. p.280.

(٣) T.A. Limoge: 7 décembre 1995. consorts Descat et Callary de Lamaziere c/ Département de la Correnze. R.F.D. Ad. 1996. p.348-349.

(٤) C.E. 17 octobre 1980- Barrois. Rec: p. 378.

تنفيذها يقتضى توجيه أمر إلى الإدارة أم تنفذ بذاتها دون حاجة إلى ذلك أو إلى التهديد المالى ؟ . والإجابة عن هذا التساؤل تكمن فى التفرقة بين أمرين : الوضع بالنسبة للحكم الصادر بإلغاء اللائحة ، والموقف فيما يتعلق بالقرارات الفردية المتخذة تطبيقا لها .

فمن ناحية تنفيذ حكم إلغاء اللائحة ، لابد أن نعلم أنه حكم تقريرى ، لاينشأ التزاما ، ولايرتب الزاما بقصد تنفيذه لاسيما وأن اللائحة طائفة من قواعد عامة ومجردة ، لاتنشأ حقوقا مكتسبة لأحد تفضى إلى الإحتجاج بها قبل الإدارة [1] . إذن الحكم الصادر بإلغائها يكفى بذاته لتنفيذه . وهذا يترتب عليه أمران : أولهما أن تنفيذ هذا الحكم لايقتضى اتخاذ أى اجراء تنفيذى قبل الإدارة ، إذ يتم تنفيذه تلقائيا ، فتحل اللائحة القديمة – أى التى كانت سارية قبل اللائحة الملغاة – محل تلك التى الغيت ، اعمالا لأصل مؤداه أن الغاء نص ألغى آخر سابقا عليه يستتبع سريان هذا الأخير [2] .أما الآخر فمؤداه عدم جواز توجيه أمر إلى الإدارة بضرورة اصدار لائحة جديدة محل اللائحة الملغاة حتى ولو كانت لاتوجد لائحة قديمة .

غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناء مفاده أن الإدارة يمكن اجبارها على اصدار لائحة جديدة ، كمقتضى لحكم الإلغاء ، إذا كان اصدارها لازما لتنفيذ قانون . والقول بغير ذلك معناه الترخيص للإدارة بتعطيل تنفيذ قانون بإرادتها ، وهذا مالايمكن قبوله [3] . فى هذه الحالة يكون الإجبار بأحد طريقين : الغرامة التهديدية والأوامر التنفيذية . أما عن الإجبار بالغرامة التهديدية فقد طبقه مجلس الدولة فى دعوى أصدر بشأنها حكما فى ٢٤ يونيه

(١) أ.د. محمد فؤاد عبدالباسط : القانون الإدارى . اسكندرية . دار الفكر الجامعى. ١٩٩٨. ص : ٧٦٩.

(٢) C.E. 1e décembre 1997. Caisse primaire d'assurance maladie de la Sarthe. A.J. 1998. p.410.

(٣) TOUVET (L.) et STAHL (J.H.) : Chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1995. p.105.

طبقه مجلس الدولة فى دعوى أصدر بشأنها حكما فى ٢٤ يونيه ١٩٩٢ بإلغاء قرار وزير الزراعة الضمنى برفض طلب السيد Soulat باتخاذ الإجراءات اللازمة لإصدار اللائحة التنفيذية لقانون ١١ يناير ١٩٨٤ لتسوية بعض الأوضاع الوظيفية ، ولما كان مقتضى تنفيذ هذا الحكم قيام الحكومة بإصدار لائحة تطبيق هذا القانون ، وأن الحكومة لم تمتثل وتبادر بإصدارها ، فقد قام المجلس وبناء على طلب المدعى ذاته ، بالحكم على الدولة بغرامة تهديدية قدرها ١٠٠٠ فرنك يوميا ، إذا لم تنفذ حكم الإلغاء وتصدر اللائحة خلال شهرين من اعلان هذا الحكم وحتى يتم تنفيذه (١). ومن جهة الإلتجاء إلى نظام الأوامر لإجبارها على إصدار اللائحة فى مثل هذه الحالة نذكر حكما لمجلس الدولة فى هذا الشأن قضى فيه بأن تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار رئيس الوزراء برفض اتخاذ الإجراءات اللائحية اللازمة لتطبيق قانون يقتضى بالضرورة اتخاذ هذه الإجراءات ، ولذا فقد أمر تطبيقا للمادة ١/٦ من قانون الغرامة ، وبناء على طلب ذى الشأن ، وأخذا فى الإعتبار ظروف الدعوى ، الحكومة بإصدار هذه اللائحة فى خلال عام ، غير أنه لم يقرن هذا الأمر بغرامة تهديدية (٢) . كما وجه أمرا الى رئيس الوزراء – بعد الغاء قراره برفض رفع المعدل الشهرى للإعانات العائلية لتناسب الإرتفاع فى الإسعار وفقا للتقرير الإقتصادى والمالى الملحق بالقانون المالى لعام ١٩٩٥ ، ووضع المادة ٣٦ من قانون ٢٥ يوليه ١٩٩٤ بشأن الأسرة موضع التطبيق – باتخاذ الإجراءات اللائحية الضرورية لتطبيق المادة ٣٦ من قانون ٢٥ يوليه ١٩٩٤ خلال ثمانية اشهر من اعلانه بهذا الحكم (٣) .

ومرة أخرى ، وفى الإتجاه المقابل ، يوجه مجلس الدولة أمرا إلى

---

(١) C.E 11 mars 1994, M. Soulat. A.J. 1994. p.388. Concl. Martine.

(٢) C.E. 26 juillet 1996. Association Lyonnaise de protection des locataires (A.L.P.L). Rec : p.293.

(٣) C.E. 28 mars 1997. union nationale des associations familiables. Rec. p.124. R.E.D.E 1998 – No : 49.p.42.

رئيس الوزراء تنفيذا للحكم الصادر بإلغاء رفض الإدارة الغاء نصوص لائحية حكم بعدم مشروعيتها ، لأنها كانت معيبة بعيب عدم الإختصاص وكانت تنظم شئون بعض العاملين بوزارة التعليم ، بأن يتخذ الإجراءات اللائحية اللازمة لإلغاء هذه النصوص خلال ستة اشهر من اعلان هذا الحكم مع الحكم بغرامة تهديدية ضد الدولة قدرها الف فرنك يوميا إذا لم تلغ هذه النصوص خلال تلك المدة (١) . غير أن القضاء إذا كان له حق توجيه هذه الأوامر بإصدار أو الغاء لائحة ترتب حقوقا للغير ، فإنه لايجوز له أن يحدد مضمون اللائحة التى يتوجب على الإدارة إصدارها (٢) .

ومن ناحية القرارات الفردية المتخذة تطبيقا للائحة حكم بإلغائها ، فهذه من حيث الأصل لاتلغى تلقائيا على اثر الغاء اللائحة الصادرة بناء عليها، وإنما لابد أن يطلب ذو الشأن ذلك وبشرط ألا تكون قد رتبت حقا للغير(٣) . بل وإذا كانت الإدارة تلتزم بإعادة النظر فى مثل تلك القرارات إلا أنه لايجوز للقاضى أن يصدر أمرا إليها ، تنفيذا لحكم الغاء اللائحة ، بسحب جميع الإجراءات والقرارات الصادرة تطبيقا لها . وعلى ذلك أفتى مجلس الدولة بأنه: إذا كان ينيط بالسلطة الإدارية ترتيب كل نتائج الحكم الصادر بالغاء قرار لائحى ، فإن تنفيذ هذا الحكم لايقتضى أن يوجه القاضى ، تأسيسا على المادة ٨/٤ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، أمرا إلى الإدارة بإعادة النظر فى القرارات الفردية الصادرة تطبيقا لها . وتأسيسا على ذلك لايجوز له توجيه أمر اليها برد ماحصلت عليه من مبالغ بمقتضى قرار لائحى حكم بالغائه (٤) .

---

(١) C.E. 21 fevrier 1997. Calbo. Rec. p. 1018.

(٢) C.E. 21 mai 1997, Dobler. Rec.. p. 1019.

(٣) GUETTIER (ch.) : Exécution des jugement .... op. cit. p.6.

(٤) C.E. 13 mars 1998 . Mme Vindenogel. Rec,.p. 1018. A.J. 1998. P. 459-460.

(٣) الأمر باتخاذ إجراء محدد يستلزمه تنفيذ الحكم :

٤٦ - من الأحكام الإدارية مالايستأهل تنفيذه أكثر من اتخاذ اجراء بعينه . وهذا الفرض واجهته الفقرة الثانية من المادة ٢/٨ من التقنين بنصها على أنه إذا كان تنفيذ حكم لمحكمة إدارية أو محكمة استئناف ادارية ، يقتضي أن يتخذ الشخص الإعتبارى العام أوالخاص المكلف بإدارة مرفق عام ، إجراء محددا ، فإنه يجب عليها ، إذاطلب ذو الشأن ذلك صراحة ، أن تأمر به في ذات الحكم . ولها - عند الإقتضاء - أن تحدد في منطوقه كذلك مدة لتنفيذه. وهذا ذات مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١/٦ من قانون الغرامة بالنسبة لمجلس الدولة .

والنص إن كان يعالج بصريحه الأمر باتخاذ اجراء تنفيذى محدد ، فإنه يثير في مجمله أمورا ثلاثة ، تمثل بجماعها رؤية المشرع فيما يقتضي للحكم به : مفهوم الإجراء المحدد ، مدى سلطة القاضى في الحكم به ، نطاق سلطة الإدارة في شأن تطبيقه .

(أ) مفهوم الإجراء المحدد :

٤٧ - لم يرد في النص مايشير الى المقصود بالمفهوم المحدد ، ولم ينطو حتى على مجرد دلائل يهتدى بها اليه غير لزوم أن يقتضيه تنفيذ الحكم . ربما كان مرجع ذلك إلى رغبة المشرع في ألا يسوق من المفاهيم ماتصعب معه مهمة القاضى لاسيما أن وجد عدم اقتضاء التنفيذ له تبعاللظروف والملابسات المتغيرة التى تتعاصر مع الحكم في الدعوى ، أو مرده إلى صعوبة ، إن لم يكن استحالة ، صياغة مفهوم منضبط يصلح لسريانه على جميع الأحكام على تنوعها ، وطلبات الخصوم بتعددها ، فذاك لاريب أمر يفوق حد الإستطاعة . اذ ليس بمقدور المشرع ، مهما كان قديرا على الأخذ بجوامع الكلم ، أن يبلغ في نص محدود بمفهوم غير محدد مبلغا يعين المتقاضى على تحديد نطاق طلبه ، وييسر للقاضى سبيل الوصول إلى الحكم به . لذا ترك الأمر للقاضى والمتقاضى ليقدر كلا منهما تبعا لمقتضى الحال

مايستوجبه تنفيذ الحكم ، المتقاضى بما يورده فى طلبه محققا لرغبته من الحكم.

والقاضى بما يضمنه فى حكمه متوافقا مع مقتضى التنفيذ . وفى التطبيق لم تكن هناك صعوبة تذكر أثارها عدم التحديد التشريعى للمفهوم ، والأحكام العديدة التى صدرت فى هذا الشأن ، منذ أول حكم ايجابى صدر فى هذا المجال من مجلس الدولة فى ٢٦ مايو ١٩٩٥ (١) . لأصدق دليل على صحة هذا النظر، خاصة فى نطاق دعوى الإلغاء باعتبارها الدعوى التى تحفل أحكامها بغموض بالغ فى تحديد نتائجها ، وما تقتضى من اجراءات لتنفيذها ، سواء انصب الإلغاء على قرارات ايجابية أم سلبية (٢) . إذن أن صعب فى أدبيات النص أن نعثر على مفهوم للإجراء المحدد فلا منتدح عن أن نهتدى إلى معالمه بطريق التمثيل . لنرى أنباء ذلك بداية فى منازعات الوظيفة العامة ، علما بأن الأحكام التى أحصيت فى شأنها كان السواد الأعظم منها يتعلق بإلغاء قرارات صادرة بالفصل ، وكان الإجراء المحدد بشأنها الأمر بإعادة الموظف أو العامل المقضى بإلغاء فصله مع ما يترتب على ذلك من آثار باعتبار الفصل كأن لم يكن منذ صدور قراره(٣).وفى ذات النطاق أيضا قضت محكمة استئناف نانت الإدارية تأييدا لحكم محكمة Nantes الإدارية بأن الإجراء الذى يستلزمه تنفيذ حكم الغاء قرار قبول الإستقالة إعادة الموظف إلى ذات وظيفته (٤) ، والإجراء المقتضى لتنفيذ حكم بإلغاء فصل موظف متعاقد يقتضى إعادته إلى العمل لاستكمال مدة العقد . غير أنه يلاحظ هنا أن المحكمة لاتستطيع ، فى حالة انتهاء العقد قبل الحكم بإلغاء الفصل ، أن توجه أمرا إلى الإدارة بسريانه إلى

---

(١) C.E. 26 mai 1995. Enta et ministre de département et Territoires d'Outre-mer. Rec : p. 213. R.D.P. 1996. P. 525. Note: Auby.

(٢) WOEHRLING (J.M.) : op. cit. P. 20.

(٣) C.E. 16 mars 1996. Guigon. Rec : T. p. 1109.

C.E. 29 décembre 1995. Kauvadias. Rec : p. 477.

T.A. Rouen : 29 décembre 1995. le comte. R.R.D. Ad. 1996. p.352.

(٤) CAA. Nantes: 11 décembre 1996. Centre communal d'action sociale de Saint-Mathurin- sur – loire. A.J. 1997. p.308.

مدة تزيد عن تلك المتفق عليها ، ولكن يكون لها ، حتـــى تحقـق مقتضيـات إعادته إلى عمله التى منها ممارسته لأعماله الوظيفية بصورة فعلية ، أن تمكنه من العمل مدة مقابل المدة التى يقتضيها تنفيذ الحكم ، أى مدة تســـاوى المـدة البينية من صدور قرار الفصل الى الحكم بإلغائه (١) .

وفى مجال آخر كان الإجراء الذى أمرت به المحكمة تنفيذا لحكم الغـــاء قرار أحد العمد برفض تسليم المحكوم له الوثائق المشروع قانونا حصوله عليـها هو السماح له بالحصول عليها (٢) ، وقضت محكمة ليل الإدارية بـــأن تنفيـذ حكم إلغاءقرار رفض أحد العمد ممارسة سلطات الضبط المخولـــة لـــه قانونـــا بضبط بعض المخالفات ، يقتضى توجيه أمر اليه بأدائها وتحريـــر المحـــاضر اللازمة لضبط تلك المخالفات (٣) . وقضى كذلك بأن الأمر بإعادة طالب فصـــل من مدرسته يعد اجراء لازما لتنفيذ الحكم الصادر بإلغاء هذا الفصل (٤) . تؤكـد تلك الأمثال اذن أن الصفة المطلقة التى تمـــيز هـذا المفـهوم أنـــه لايتحـــدد بمضمونه، وإنما باعتباره اثرا معاكسا للقرار المحكوم بإلغائه . هذا إلى أنه كمـا يمكن أن يتجرد من مدة يلزم تنفيذه قبل فواتها ، على نحو ماجاء فيما أوردنـــاه سلفا ، فإنه يمكن أيضا للقاضى أن يحدد لتنفيذه أجلا معلوما على نحو ماســيرد تبعا .

(ب) نطاق سلطة القاضى :

٤٨ – تمتاز سلطة القاضى بشأن اتخاذ الإجراء المحدد بطبيعة مزدوجـــة. اذ أنها تمس طرفا من السلطة التقديرية ، وآخر من السلطة المقيدة . فالقاضى له سلطة تقدير مضمون الإجراء حين يثير المدعى الأمر بشأنه . فقد رأينا أنه لايحكم به مـــن تلقاء نفسه ، ولاينبغى له ، وإنما بناء على طلب أصليا كان أم عارضا . حالئذ يتولى بنفسه مهمة تقدير ما إذا كان الإجراء المطلوب مما يقتضيه التنفيذ من عدمـــه . فـــإذا

---

(١) C.A.A. Nantes: 7 ,mai 1997, office public d'HLM de la Ville de Saumur. Rec: p. 1019.

(٢) C.E. 12 juillet 1995, Damarch. Rec: p.988. A.J. 1996. p.156.

(٣) TA, Lille : 23 mai 1996, Bonnaure et Simonet. Rec. p. 1110.

(٤) T.A. Paris 4 mai 1995, lauaves. R.F.D. Ad. 1996. p.352.

تبين له أن التنفيذ لايستوجبه رفض الحكم به . مثل ذلك ماقضى به مجلس الدولة من أن الغاء قرار الإقتياد إلى الحدود لمخالفته لحق الطاعن فى احترام الحياة العائلية - إذا كانت له اسرة مقيمة بفرنسا - لايقتضى تنفيذه الأمر بتسليمه ترخيص اقامة (١) . كما قضى بأن الغاء قرار الإقتياد إلى الحدود لايقتضى تنفيذه توجيه أمر إلى المحافظ ببحث الطلب المقدم من المحكوم له لحصوله على حق اللجوء السياسى (٢) .

فى مثل تلك الحالات لايكون للقاضى أن يختار الإجراء المناسب، ويأمر الإدارة به ، فذاك مالم يرخص له المشرع به . ولكن على العكس اذا ترأى له أن الإجراء فعلا مما يقتضيه التنفيذ ، فلا مناص من أن يحكم به ، إذ لاحرية له ولا خيار بين الحكم به وعدمه . ولعل هذا ماقصده المشرع حين عبر عن ذلك بصيغة الوجوب (٣) . ويبدو أن المشرع أراد بذلك ألا يجعل للقاضى من سبيل للإختيار فى هذا الشأن ، حتى لايطول تردده ، ويحجم بما أعطاه من رخص عن ممارسة هذه السلطة لاسيما وأن الشواهد القضائية السابقة على اصدار هذا القانون تؤكد عدم رغبته فىممارسة سلطة الأمر . بل إن فرضه على نفسه مبدأ حظر توجيه تلك الأوامر إلى الإدارة يعكس رغبته فى عدم اقتحام هذا المجال لأسباب غير مبررة . فأراد المشرع بالوجوب أن يدفعه إلى ما امتنع عنه بالإختيار دفعا يستوجبه ضمان احترام حجية الأحكام الإدارية .

وليكن معلوما من جهة ثانية أن سلطة القاضى فى تقدير مدى اقتضاء تنفيذ الحكم للإجراء المطلوب تتلاشى وتحل محلها سلطة مقيدة تفرض عليه الأمر باتخاذ هذا الإجراء حين يوجد نص قانونى يتطلبه . وهذا يحدث فى الحالات التى يوجب عليه القانون أن يتخذ اجراء بذاته لتفادى أثر ترتب على

---

(١) C.E. 3 novembre 1997, prefet de police c/ Mme Ben Guertouch. Rec. p.1021.

(٢) TA. Paris : 1995, M. Vasile Ciuciu. A.J. 1995. p.651.

(٣) PICARD. (E.) : La loi du 8 février 1995, relative á la procedure civile, pénale et administrative: Aspects administratifs. J.C.P. 1995 – 1-3840.

حكم الإلغاء . هنا لايكون له من دور فى بحث مدى تطلب التنفيذ للإجراء المقتضى من عدمه ، اذ القانون تكفل باعتباره اجراء ملزما لذلك [١] ، وفى تلك الحالات يقتصر عمل القاضى على تطبيق النص الآمر آمرا بالإجراء الذى يستلزمه [٢] . فمثلا المادة ١٣/١٢٢ من قانون المحليات توجب فى حالة خلو منصب العمدة لأى من الأسباب يحل فى شغله محله اقدم مساعديه . هنا لايملك القاضى حين يطلب منه توجيه أمر الحلول بمقتضى النص أن يخضعه لتقديره ، وأن يبحث ما إذا كان تنفيذ الحكم الذى ترتب عليه خلو منصب أحد العمد ، يستلزمه من عدمه ، فهو ملتزم باتخاذ هذا الأمر بحكم القانون . وأمره هنا لايعدو أن يكون تطبيقا لنص القانون [٣] . ومن هنا قضى مجلس الدولة بأن الغاءقرار المحافظ بقبول سحب أحد العمد استقالته يقتضى بقوة القانون أن يحل محله أقدم مساعديه ، ولذا فإن الأمر بحلول هذا الأخير محله يعد اجراء يقتضيه تنفيذ هذا الحكم [٤] .

وعلى الرغم من ذلك جميعه فإن المشرع لم ينزع من القاضى على الإطلاق سلطة التقدير ، وإنما ترك له فرصة ممارستها فىمجالات ثلاثة : الأول ماذكرنا سلفا ، والآخر يتعلق بالإقتران بين الأمر والغرامة التهديدية كما سنرى لاحقا . والأخير أن يحدد إذا اقتضى الحال ، مدة لتنفيذ الإجراء خلالها ولذلك نراه فى بعض الأحكام لايقرن الإجراء بمدة ، فيصدره متجردا منها ، كما سلف وتبين لنا . وتارة أخرى يبرمه بها ، وحالئذ يتوجب تمام تنفيذه خلالها . وهو يفاضل بين هذا وذاك معتدا بضرورة هذا التأقيت تبعا لمقتضى

---

(١) AUBY (J.M.) : note sous C.E. 26 mai 1995, Enta et autre. R.D.P. 1995. p.233.

(٢) SCANVIE (F.): Conclusion sur C.E. 26 mai 1995, Enta et autre. A.J. 1995. p. 505.

(٣) DRTUS (D). note sous C.E. 26 mai 1995. Etna et autre. D. 1995. p.497.

(٤) C.E. 26 mai 1995. Etna et autre. Rec : p.213 A.J. 1995. P. 505. Concl. Scanvie.

الحال ، وظروف الدعوى . بل إن أثر الضرورة هنا لايتوقف عند حد تقدير مدى التلازم بين الإجراء والمدة ، وإنما يتعداه إلى تحديد مقدار هذه المدة . إذن حين يلمس القاضى من ظروف الدعوى وحال المدعى وجها للإسراع فى التنفيذ يضرب له أجلا محددا ، كما يتطلب النص ، وقصره أو طوله بعد ذلك يعود إلى مدى لزومه . فمثلا تيسير وصول المعوقين إلى الأماكن العامة أو تلك المفتوحة للجمهور اقتضى توجيه أمر إلى ادارة الإقليم بالقيام بالتجهيزات اللازمة فى الطرق المؤدية إليها خلال ستة اشهر من اعلانها بالحكم الصادر بإلغاء رفضها القيام بتلك الأعمال (١) . وضرورة الإسراع بالتحاق طالب بمدرسته حتى يعجزه طول مدة انقطاعه عنها عن عدم مواصلة دروسه ، اقتضى أن يوجه القاضى أمرا إلى ادارة مدرسته بقبول إعادته اليها خلال ثمانية ايام من اعلان حكمه بإلغاء قرار فصله (٢) . واستلزمت ضرورة الا يطول انقطاع السيد Hocini عن ممارسة نشاطه التجارى بفرنسا توجيه أمر إلى محافظ Rhône بتسليمه تصريح الإقامة طويلة الأجل – لمدة عشر سنوات – خلال شهر من اعلانه بالحكم الصادر بإلغاء قراره برفض الموافقة على ذلك، مالم يكن قد وقع منه خلال هذه الفترة ما يستوجب قانونا عدم منحه هذا الترخيص(٣)

كما أن اعتبارات الحفاظ على نقاء ملف خدمة أحد العسكريين ، أفضت بمجلس الدولة إلى توجيه أمر إلى وزير الدفاع ، بمحو وشطب جزاء اللوم الذى وقع ضده ، من ملف خدمته ، وذلك خلال شهر من اعلان هذا الحكم باعتباره اجراء ضروريا لتنفيذ الحكم الصادر بإلغاء هذا الجزاء (٤) . بل ضرورة الحفاظ على الإعتبارات العائلية والإستقرار الأسرى – وفقا للمادة ٨ من الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية – أن يمنح مدير بوليس باريس

---

(١) TA. Versailles, 22 octobre 1996. Charbonéaux. Rec : p.645.

(٢) TA. Lille : 13 avril 1995. Ali Mabchour. Rec. p.129.

(٣) TA . Lyon : 7 février 1996. Sadi Hocini. K.F.D. Ad. 1996. p.351.

(٤) C.E 1e octobre 1997. Deuron. Rec. T.P. 1019.

الطاعنة - مالم يكن قد حدث منها مايستوجب الرفض قبل صدور هذا الحكم - ترخيص اقامه خلال ثلاثين يوما من اعلانه بالحكم الصادر بإلغاء قراره بطردها واقتيادها إلى الحدود الفرنسية [١] . بل إن قرب موعد بداية العام الجامعى أفضت إلى أن يوجه فى حكمه بإلغاء قرار رئيس جامعة رن برفض تسجيل أحد طلاب السنة الأولى لدبلوم الدراسات الجامعية العامة لعلوم وفنون الأنشطة البدنية والرياضية ، بتسجيل اسمه فيها خلال ثمانية أيام من اعلان رئيس الجامعة بهذا الحكم [٢] . بل إن اعتبارات الحرص على مصدر إعاشته أفضت بالقاضى إلى أن يأمر بإعادة عامل إلى عمله خلال شهر من اعلان الإدارة بالحكم الصادر بإلغاء فسخ عقد عمله معها [٣] . إذن تحديد مدة تنفيذ الإجراء لاتعدو أن تكون مظهرا لسلطة القاضى التقديرية له ، رفض الحكم بها عند طلبها ، كما أن له أن تخفيض مقدارها عن الحد الذى طلبه الطاعن فى دعواه . من ذلك أن المدعى أورد ضمن طلباته توجيه أمر إلى الإدارة بدفع المبلغ المحكوم لصالحه عليها خلال شهر . واستجاب القاضى استجاب لطلبه . ولكنه أمرها بالدفع خلال ثلاثة أشهر[٤] .

(ج) نطاق سلطة الإدارة فى تطبيق الإجراء :

٤٩ - إذا كانت سلطة القاضى فى الحكم بالإجراء الذى يقتضيه تنفيذ حكمه مقيدة ، فإن منطق الأشياء يفضى إلى أن الإدارة سلطتها فى تنفيذه مقيدة

---

(١) T.A. Paris. 10 novembre 1995. Mlle Gouzeniane. R.F.D. Ad. 1996. p. 352.

T.A. Paris. 9 février 1996. Mme Canoa Figueredo. R.E.D. Ad. 1996. p.352.

(٢) T.A. Rennes. 28 septembre 1995 – Mlle Nathalie Jehan et autres. Rec. p. 984.

(٣) TA. Strasbourg 7 décembre 1995 – Remy. R.F.D. Ad. 1996. p. 352.

(٤) T.A. Châlms-en- champagne 13 février 1996. Mme Chomier. Rec. .P. 1110.

أيضا [١] . وإلا كان عبثا أن يحزم المشرع أمره ، فيفرض على القاضى اتخاذ هذا الإجراء ، ثم تترخص الإدارة فى الإلتزام بـه ، فتنفـذه إن شـاءت ، أو تعرض عنه ، ويستبدل به غيره إن أبت .

إذن الإدارة لاتملك فكاكا من اتخاذ الإجراء الذى حدده القـاضى . هـذا الذى يفرضه عليها بموجب أمرين : الحكم بوجه عام بما له من حجية الأمـر المقضى به ، والأمر بما يفرضه من التصرف بشكل محـدد [٢] . وإذا كـانت السلطة المقيدة للإدارة هنا تجد مصدرها فى حكم القـاضى [٣] ، فإنـها أيضـا تستقر فى بعض الأحيان على صريح القانون ، فى هذه الحالة يكـون فـرض التصرف فى اتجاه بعينه واردا من النص ، فيكون هذا الأخير لاحكم القـاضى مصدر تقييد السلطة . إذ لايعدو دور القاضى أن يكـون مطبقـا ومفسـرا لـه ولايتعدى أمره حالئذ أن يكون سبيلا لتفعيل المبادرة فى إعمال النـص . كمـا ذكرنا سلفا ، فهو لا يبحث مدى اعتبار الإجراء ضروريا لتنفيذ حكمـه مـن عدمه ، لأن النص القانونى فرض عليه اعتباره كذلك ، فأوجب عليه اتخـاذه . فمثلا كفل المشرع فى قانون ١٧ يوليه ١٩٧٨ بمقتضى المادة الأولى من قانون ١٧ يوليه ١٩٧٨ بشأن إصلاح العلاقة بين المواطن والإدارة • لكـل شـخص الحق فى الحصول على المعلومات والوثائق الإدارية باستثناءات محدودة منـها الوثائق الطبية والإسمية ، فإذا رفضت الإدارة فى غير هـذه الحـالات تقديـم الوثائق المطلوبة لمن يطلبها ، وطعن فى قرارها السـلبى بالإلغـاء . حـالئذ لايكون أمام القاضى إذا ألغى قرار الرفض إلا أن يأمر بتقديم هذه الوثائق متـى طلب منه ذلك . حالئذ تكون الإدارة ملزمـة بتقديمـها للمحكـوم لصالحـه لا بموجب الحكم فحسب ، وإنما أيضا بصريح القانون [٤]

---

(١) WOEHRLING (J.M.) : op. cit. p.20 .

(٢) MODERNE (F.) : op. cit. p.56.

(٣) CHABANOL (D.) : op. cit. p.393.

(٤) GOURDOU (J.) : op. cit. p. 337.

(٤) الأمر باتخاذ قرار آخر بعد تحقيق جديد :

٥٠ – وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢/٨ من تقنين المحـــاكم الإداريــة العادية والإستئنافية إذا اقتضى تنفيذ الحكم الصادر من المحكمـــة الإداريــة أو محكمة الإستئناف الإدارية أن يتخذ الشخص الإعتبارى العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام ، قرارا آخر يلزم لاتخاذه تحقيق جديد ، فإنه يجب علــى ذات المحكمة ، وبناء على طلب صريح بذلك من ذى الشأن ، أن تـــأمر فــى ذات الحكم بضرورة اتخاذ هذا القرار خلال مدة محددة . وهو ذاته مـــاتنص عليــه المادة ١/٦ من قانون الغرامة التهديدية بالنسبة للأحكام الصادرة مـــن مجلــس الدولة .

ويتبدى من النص أن الأوامر التى تصدر وفقا له تواجه حالات تختلــف فى طبيعتها عن الحالات التى واجهها النص ذاته فى فقرته الأولـــى . بـل إن الأمر ذاته هنا يتميز عن سابقه بأنه لايحقق بغية الطاعن من دعواه . هذا إلـــى أن دور القاضى بشأنها يضيق ، وسلطة الإدارة فى رحابــها تتســع : وبيــن حالات الإنطباق ، وهذا الضيق والسعة ترتسم معالم تطبيق النص ، وتتجلـــى ضوابط أعماله .

(أ) حالات التطبيــق :

٥١ – يواجه النص حالات لايقتضى فيها تنفيذ الحكم اتخاذ اجراء بعينــه تتحسم به المنازعة . ويتحقق من خلاله مقصود الطاعن من دعواه ، وإنما يلـزم فيها رجوعه الى الإدارة تارة أخرى لتعيد علـــى ضـــوء الظـــروف القانونيــة والواقعية الآ نية فحص الأوراق من جديد وتصدر قرارا يعكس موقفـــها فــى ضوء تلك الظروف . من ذلك حكم الغاء قرار رفض الموافقة أو الـترخيص ، يحكمه الأصل الإجرائى الذى يقضى بأن الغاء الموافقة أو الرفض لايعنى قبولا أو ترخيصا (١) . وإنما جل أثره إيكال الأمر فى شأنه إلى الإدارة مرة أخـــرى

---

(١) LAUBADERE (A) et autres : op. cit. p.456.

لبحث مسألة منح أو منع الموافقة أو الترخيص فى ضوء الظـــروف الواقعيـة والقانونية التى أحاطت بطلب الحصول عليه منذ صدور قرار الرفض الملغــى وحتى صدور قرارها الجديد اللاحق قطعا لحكم الإلغاء (١). وهذا فـــى حقيقتـه يرجع إلى سببين : أولهما أن الإلغاء قد يكون مـــرده إلـى أسـباب لاتمـس مضمون قرار الرفض ، ولاتمت بصلة إلى ماانطوى عليه محله مـــن حيـث أحقية الطاعن فى طلبه من عدمه ، وإنما مرجعه إلى عيـــوب خارجيـة فـى الشكل أو الإجراءات أو الإختصاص . وهنا لايعقل أن يعتبر الغـــاء الرفـض بمثابة قبول أو ترخيص لما قد يترتب على ذلك من أثر ممارسة شخص لنشـاط لاتتوافر فيه شروط ممارسته ، أو التمتع بحق ليس أهلا للتمتع بـــه . وعلـى فرض أن الإلغاء يعود إلى اسباب تمس أصل الحق يقرها القاضى، وخضعـــت حال فصله فى المنازعة لرقابته ، فالغى قرار الرفض تاسيسا عليها ، فإن هذا أيضا لايبرر خروجا على هذا الأصل . إذ قد يكون حدث تغيير فـــى المركـز القانونى أو الواقعى للطاعن ، أو مايقدح فى صلاحيته للحصول على الموافقـة أو الترخيص مابين صدور قرار الرفض ، وصدور الحكم فيـــها تحـــول دون حصوله عليه قانونا . ولذلك قضى مجلس الدولة بأن الغاء رفض منح الطـاعن ترخيص اقامة لايعنى أن يسلمه المحافظ الترخيص المطلوب ، وإنما يكون من مقتضاه أن يعيد هذا الأخير فحص طلب المحكوم لصالحه ليقرر علـــى ضـــوء الظروف المستجدة مدى أحقيته فى الحصول عليه • ومن هنا لايقتضى تنفيـــذ هذا الحكم توجيه أمر الى المحافظ بتسليم المحكوم لصالحه ترخيص بالإقامـة !(٢)

كما قضت محكمة استئناف ليون الإدارية بأن الأمر الذى ينبغـــى أن يكـــون مطلوبا لتنفيذ حكم بإلغاء رفض ترخيص بناء هو أن تعيد الإدارة بحـث طلـب الحصول على هذا الترخيص فى حدود حكم الإلغـــاء ، وليـس قيامـــها بمنـــح

---

(١) C.E. 18 février 1994, Syndicat des pharmaciens du puy-de-Dône et autre. Rec : p. 89.

(٢) C.E. 18 octobre 1995. Ministre de l'intérieur c/ Epoux Reghis. Rec. P. 989.

الطاعن هذا الترخيص (١) . وتردد محكمة ليل الإدارية ذات المعنى فتقضى بأن الغاء رفض تجديد ترخيص اقامة أجنبى لايقتضى توجيه أمر إلى الإدارة بأن تسلم للطاعن الترخيص المطلوب (٢) .

غير أن فى إحالة المحكوم لصالحه تارة أخرى إلى الإدارة لتقرر ماتراه بشأنه عنتا أو تعسيرا عليه ، اذ قد تضع العراقيل أمامه نكاية لمخاصمتها أمام القضاء ، أو لغير ذلك من الأسباب ، فتماطل فى فحص الأوراق أو منح الترخيص المطلوب بعد ثبوت أحقيته قانونا فى الحصول عليه ، فيعود مرة ثانية الى القضاء طاعنا من جديد فى امتناعها أو قرارها السلبى ، ويدور فى حلقة مفرغة ، من طعن لآخر إلى حد غير معلوم المدى . لذا واجه القضاء الإدارى – بحلول تمثل استثناء على الأصل السابق ، وتعد استثناء أيضا على قاعدة وجوب تقدير مشروعية القرار وقت صدوره . ولكنه استثناء تدفع اليه اعتبارات انسانية أولى بالرعاية – بأحد أمرين : أولهما أن تجرى المحكمة التى تفصل فى الدعوى تحقيقا اضافيا تبين على هديه إذا كان قد حدث تغييرا أو تحولا فى مركز الطاعن منذ رفع الدعوى يحول دون حصوله على الترخيص من عدمه ، فإذا تبين لها وجود هذا التغيير إحالته الى الإدارة تبعا للأصل ، والا توجه فى حكمها بالإلغاء أمرا الى الإدارة بضرورة تسليم الترخيص المطلوب . وهذا مايؤيده البعض نظرا لأنه يحقق مبدأ اقتصاد الإجراءات (٣) . وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة بأن الغاء قرار رفض طلب حصول الطاعن على ترخيص اقامة لمخالفته للمادة ٨ من الإتفاقية الأوربية لحقوقب الإنسان ، وإن كان لايعنى حصوله عليه ، إلا أنه وقد ثبت من التحقيق الإضافى الذى أجرى ، بأنه لم يحدث تغيير فى مركز الطاعن القانونى أو الواقعى منذ صدور

---

(١) TAA Lyon : 8 octobre 1996. Ministre de l'équipement, des transports et du Tourisme c/ Mme Laffont. Rec., p.606

(٢) T.A. Lille : 24 octobre 1995. El Jarroudi. Rec. p.989.

(٣) RAYNAUD (F.) et FOMBUR (P.) : chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1999. p.554.

القرار الملغى ، فإن تنفيذ حكم الغاء الرفض يقتضى توجيه الأمر إلى الإدارة بتسليمه الترخيص أو التأشيرة المطلوبة[1]. أما الآخر أن توجه الأمر بتسليمه الترخيص المطلوب،ولكن بشرط عدم حدوث تغيير فى مركز الطاعن يفضى إلى منع حصوله عليه . فقد قضى بأن إلغاء قرار الرفض يقتضى فى حالة عدم حدوث تغيير فى ظروف الطاعن ، مع توجيه أمر إلى الإدارة بمنحه الموافقة المطلوبة[2]. كما قضى بأن الحكم بإلغاء سحب ترخيص الإقامة – والسحب يتساوى مع الرفض فى الأثر وإن اختلف معه فى الطبيعة فكلاهما موقف لممارسة الحق – يقتضى الأمر بإعادته إلى صاحب الشأن بشرط ألا يكون قد وقع منه مايفقده حق الحصول عليه قانونا ، وأن يكون ساريا من حيث المدة[3].

كما قضى بأن تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء رفض الإذن الغاء قرار الطرد ، يقتضى توجيه أمر إلى وزير الداخلية بالغاء هذا القرار ، طالما لم يحدث تغيير فى الظروف اللاحقة على قراره برفض الإلغاء ، خلال شهر من اعلانه بهذا الحكم[4]. ولعل هذين الأمرين يتضح بهما لما الإتجاه القضائى بشأن الغاء قرارات الرفض غير متوحد ، إذ على خلاف الأصل الذى يقضى بأن هذا الإلغاء يفرض على الإدارة أن تعيد فحص الطلب من جديد تبعا للظروف المعاصرة ، نراه فى بعض حالات الرفض يوجه أمرا الى الإدارة باتخاذ اجراء محدد ، فيتردد فى شأنها بين تطبيق الفقرة الأولى والثانية من المادة ٢١٨ من التقنين[5]. وفى ضوء هذين الأمرين لايمكن أن ينسب اليه ترددا حقيقيا

---

(١) C.E. 4 juillet 1997 – Epoux Bourezak. Rec. p.278. R.E.D.C.E. 1998. No. 149. P. 43.

(٢) T.A. Lyon : 14 mars 1997. Mlle Trofin Rec. .P. 1021.

(٣) CAA. Lyon : 4 décembre 1997. Frogh. Rec : T.P. 1021.

(٤) CAA Paris: 23 janvier 1997 .Ministre de l'intérieur c/ Hamlaoi. Rec. .P. 1020. A.J. 1997. p.303 – note: Spity. p.278.

(٥) MAUGUE (ch.): conclusions sur C.E. 26 juillet 1996. Association Lyonnaise de protection des locataires. (A.L.P.L.). R.F.D. Ad. 1996. p. 737.

فى الموقف ، وإنما هو حسن إعمال منه للسلطة المخولة اليه بمقتضى هذا النص . وفيما سيأتى سيتضح الأمر فى هذا الشأن أكثر .

(ب) دور القاضى :

٥٢ – يتردد هذا الدور بين تقدير وتقييد . فمن ناحية تكمن مظاهر التقدير فى مهمته فى أمرين : أولهما تقدير ما إذا كان تنفيذ الحكم يقتضى بالفعل اصدار قرار جديد لايمكن صدوره إلا بعد تحقيق آخر من عدمه . فإذا تبين له ذلك أمر به ، وإلا رفض الطلب برمته إذ ليس له فى هذه الحالة بحكم النص أن يأمر باتخاذ اجراء محدد طالما لم يطلب منه ذو الشأن ذلك ، ولو احتياطياً فهو لايستطيع الحلول محل الطاعن فى تعديل طلباته أو الحكم بغير ماطلبه . كما أنه إذا تراى له أن تنفيذ الحكم يقتضى اتخاذ قرار آخر يلزم لإصداره تحقيق جديد ، فإنه يرفض طلب الطاعن إذا كان مقصورا على أن يوجه أمرا باتخاذ اجراء محدد [١].

أما دلائل التقييد فى سلطة القاضى ، فتبدو فى أنه إذا تثبت من أن التنفيذ يستوجب بالفعل اصدار قرار آمر فلا بد أن يوجه أمرا إلى الإدارة بضرورة اجراء التحقيق وإصدار هذا القرار خلال مدة معينة[٢] . ويكون له اختصاص تقديرى أيضا فى تحديد المدى الزمنى لتلك المدة ، وهنا لابد أن يأمر بصدور القرار الجديد خلالها . ولذا قضى بأن تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار برفض منح الطاعن شهادة تخطيط عمرانى يقتضى توجيه أمر إلى العمدة بأن يجرى تحقيقا جديدا لطلب الطاعن بحصوله عليها ، بقصد إصدار قرار بتسلمه الشهادة المطلوبة خلال شهر من اعلانه بهذا الحكم [٣]. ولعل هذا ماعناه البعض بقوله أن القاضى ليس له فى الحالات التى يرى لزوم اصدار قرار جديد يستوجبه تنفيذ حكمه إلا أن يأمر بإجراء التحقيق وإصدار قرار بناء عليه خلال مدة معينة ، وفيما عدا ذلك له سلطة تقدير هذه المدة [١] . وربما لايكون

---

(١) C.AA Paris : 30 Janvier 1997. M.Fung. A.J. 1997. P. 302.

(٢) WOEHRING (J.M): op. cit. p.20.

(٣) CAA Nantes :11 décembre 1996. M Thomas A.J. 1997. P. 30.

مدة معينة ، وفيما عدا ذلك له سلطة تقدير هذه المدة [١] . وربما لايكون هذا مرضيا لقناعة الطاعن ، اذ هو يرجو أن يمكن له القاضى بحكمه ممارسة نشاطه أو التمتع المباشر بحق مرفوض الترخيص به . ولكنه على الأقل ، بالحكم الذى يصدره القاضى بضرورة صدور القرار الجديد خلال مدة معينة ينشأ له حق مكتسب فى حدود هذا القرار فى أجل محدد [٢] .

(ج) نطاق سلطة الإدارة :

٥٣ – يتسع مدى هذه السلطة فى تلك الحالة عن السابقة عليها . إذ القاضى لايأمر باتخاذ اجراء تلزم به ذاته ، وإنما يترك لها مجالا واسعا فى اختيار مضمون القرار الذى ستصدره ، وكل ماتتقيد به هو اتخاذ هذا القرار خلال المدة التى حددها فى حكمه [٣] . ولكن هل يمكن أن تتخذ الإدارة بعد تحقيقها لطلب المحكوم لصالحه ذات قرارها بالرفض ؟ . لاشك أنه يترتب على ما للإدارة من سلطة تقدير مضمون قرارها تطبيقا لتلك الحالة أنه يجوز لها ذلك . ولكن بشرطين : ألا يكون قرارها الجديد معيبا بذات العيب الذى الغى قرارها السابق لأجله وإلا انتهكت حجية الشئ المقضى به . والآخر أن يكون قد توافر لديها أثناء التحقيق الذى أجرته من الأسباب الواقعية أو القانونية مايستوجب أن تصدر من جديد قرارا بالرفض أو على الأقل قرارا له ذات طبيعة وأثر قرارها السابق .

ثالثا : لابد أن يقدر القاضى أن تنفيذ الأوامر يستوجب الحكم بالغرامة - احالة :

٥٤ – إذا كان القاضى ملزما باتخاذ اجراء محدد أو الأمر بإصدار قرار بعد تحقيق جديد خلال أجل يقدره ، فإنه غير ملزم . وفى جميع

---

(١) HUGLO (Ch.) et Le PAGE (L.) op. cit. 14.

(٢) LAROUQUE (M.): conclusion sur C.E 8 juin 1990, Mme Rougerie. R.F.D. Ad. 1990. p.331.

(٣) GUETTIER (ch.) op cit. p. 15

الأحوال ، بأن يقضى بغرامة تهديدية توقع حال عدم تنفيذ أو تأخير الإدارة في تنفيذ أوامره التنفيذية (١) .

وقراءة للنصوص المنظمة للأوامر السابقة على الحكم أو تلك اللاحقة له تؤكد هذا النظر . فالمادة ٣/٨ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، جاءت بحكم في ذلك بخصوص الأوامر السابقة ، إذ نصت على أنه يكون للمحكمة الإدارية أومحكمة الإستئناف الإدارية ، إذا طلب منها ذلك ، أن تقرن الأمر الذى اتخذته تطبيقا للمادة ٢/٨ من التقنين ، حكما بغرامة تهديدية ، تحدد تاريخ ترتيب أثرها . وبشأن الأوامر الصادرة من مجلس الدولة تضمنت المادة ١/٦ من قانون الغرامة التهديدية نفس الحكم .

أما بخصوص الأوامر اللاحقة لصدور الحكم فقد عالجت ارتباطها بالغرامة التهديدية المادة ٤/٨ فى فقرتها الثالثة التى وفقا لها إذا طلب المحكوم لصالحه من المحكمة كفالة تنفيذ الحكم الذى اصدرته ، فإنه يكون لها تحديد الإجراءات اللازمة لتنفيذه والمدة التى يتم التنفيذ خلالها ، كما يمكنها الحكم بغرامة تهديدية لكفالة هذا التنفيذ . وأول ماينجلى من تلك النصوص خلاف ماذكرنا بشأن سلطة القاضى التقديرية فى نطاقها أنه لايستطيع الحكم بالغرامة هنا من تلقاء نفسه ، وإنما لابد أن يطلب ذوو الشأن منه ذلك ، باستثناء الوضع بالنسبة لمجلس الدولة لاسيما بخصوص أوامره اللاحقة لصدور الحكم . إذ يستطع بحكم المادة الثانية من قانون الغرامة التهديدية أن يحكم مباشرة بها لكفالة تنفيذ تلك الأوامر .

ومن جهة ثانية تعد الغرامة اجراء عام التطبيق بالنسبة لتلك الأوامر اذ تسرى عليها جميعا . ولايقتصر على نوع منها فحسب . ولكن إذا كان لاتثريب عليه اذا طلب منه ذلك فرفضه، فإن ندرة التطبيقات القضائية فى هذا الشأن - نظرا لحداثة هذا النظام - لاتسعف لاستنتاج معيار منضبط يمكن على هديه

---

(١) J.M.W: observations sous T.A. strasbourg. 23 mai 1996. Sté Waste-Strobel Gmbh c/ Prefet de la Moselle. A.J. 1996. p.944.

تبين لما فى بعض الحالات يقبل الحكم فيها بغرامة تهديدية [١] . وبمساند فى بعضها الآخر يرفض ذلك [٢] كل ماهنالك انه يبدى ظاهريا من هذه الحالات أن الحكم بالغرامة يرتبط بظروف كل دعوى . ومدى وجه الإستعجال فى تنفيذ الحكم الصادر فيها . وغير ذلك من نظام وإجراءات تتعلق بالغرامة التهديدية فى هذا النطاق نرجئ الحديث فيه الى ماسيأتى لاحقا .

الفـــرع الثانـــى
الشروط المتعلقة بالحكم المرتبط بأوامر تنفيذية

تمهيد وتحديد :

٥٥ – فضلا عما ذكرنا من شروط يجب توافرها فى الحكم لكى تكفل الغرامة التهديدية تنفيذه ، هناك بعض الشروط الخاصة التى تتطلب حال ارتباطه بأوامر تنفيذية ، سواء كان هذا الإرتباط سابقا على صدوره ، أم لاحقا له . أورد المشرع بعضها فى المواد ٨/٢ ، ٨/٣ ، ٨/٤ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية فيما يخص الأحكام الصادرة عنها، والمادة ٦/١ من قانون الغرامة التهديدية فيما يتعلق بالأحكام الصادرة عن

---

(١) C.E. 26 juillet 1996. (A.L. P.L) - R.F.D. Ad. 1996. p. 776.
T.A. Nante : 11 avril 1996. compagnie des transports de l'Atlantiques. Rec p. 634.
T.A. Paris : 30 octobre 1995. Mme Ben Guertouh. R.F.D. Ad. 1996. P. 346.

(٢) C.E. 29 décembre 1995. Kauvadias. R.F.D. Ad. 1996. p. 64.
TA. Remmes: 29 Janvier 1996 M. Aymerci Luquet de Saint Germain. R.F D.Ad. 1996. p. 350.
TA.. Paris 4 mai 1995. Lavauro. R.F.D. Ad 1996. p. 352.
TA Lyon 19 oct 1995 Mlle André R.F D Ad. 1996. p 352

مجلس الدولة . وكشفت عن البعض الآخر التطبيقات القضائية التي عكست رؤية تلك المحاكم بشأن اعمال هذه النصوص .

واهتداء بذلك جميعه ، يمكن تقسيم هذه الشروط تبعا للتفرقة التى اقامها المشرع فى هذا الشأن إلى نوعين : الشروط المتعلقة بأحكام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، والشروط الخاصة بالأحكام الصادرة عن مجلس الدولة .

أولا:الشروط المتعلقة بأحكام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية

٥٦ - يمكن تصنيف هذه الشروط الى صنفين ، مرجع التفرقة بينهما طبيعة كل منهما : شروط موضوعية وشروط اجرائية .

(١) الشروط الموضوعية :

٥٧ - حددت النصوص السابقة نطاق انطباقها ، فلم يشأ المشرع أن يسلك طريق التعميم ، فتضيع الحدود الفاصلة بين ماينطبق عليه نظام الأوامر ، ومالاينطبق كما حدث بالنسبة للمادة الثانية من قانون الغرامة . ولذا قصر تطبيقه على مايصدق عليه وصف الحكم مما يصدر عن تلك المحاكم، سواء كان حكما لمحكمة ادارية jugement أو لمحكمة استئناف ادارية arrêt[١] . ويترتب على ذلك نتيجة هامة أنه لايمكن لتلك المحاكم أن توجه أمرا إلى الإدارة مجردا كان أم مقرونا بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ ماتصدره من أوامر على عرائض ، أو أخرى تحفظية ، أو أوامر تحقيق عادية ... أو بوجه علم ماينحصر عنه وصف الحكم [٢].

ومن جهة أخرى ينبغى أن يكون الحكم من أحكام الإلزام يستوى فى هذا الشأن أن يكون حكما موضوعيا أى فصل فى موضوع النزاع – على نحو ماعرضنا فى الأمثلة السابقة – أم حكما مستعجلا أو وقتيا كالحكم الصادر

(١) C.E 3 novembre 1997. préfet de police Rec.. p. 1020.

(٢) TA: Chalme. 18 février 1997. M. Chaunaux .E.D.C.E. 1998. No. 48. p.212.

باستمرار صرف مرتب الموظف الموقوف عن العمل ريثما يفصل في مشروعية قرار وقفه . والحكم الصادر بوقف تنفيذ قرار ادارى مطعون عليه بالإلغاء . وفى التدليل على ذلك قالت محكمة استئناف باريس الإدارية أنه ليس فى المادة ٨/٢ ، ولا فى المادة ٨/٣ من تقنين المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية ، التى تعترف كلا منهما للمحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية بسلطة توجيه أوامر مقترنة بغرامة تهديدية بقصد تنفيذ حكم صادر منها ، مايمكن أن يفهم منه أن ذلك يكون مقصورا على الأحكام الموضوعية الصادرة عنها . وهذا مؤداه أنه يجوز لتلك المحاكم أن توجه أمرا الى الإدارة باتخاذ اجراء يقتضيه تنفيذ الحكم الصادر بوقف تنفيذ قرار ادارى . ومن هنا فإن الحكم بوقف تنفيذ قرار رفض منح ترخيص إقامة يقتضى توجيه أمر إلى الإدارة بمنح صاحب الشأن ترخيص مؤقت حتى تنتهى محكمة الموضوع من الفصل فى مشروعية قرار الرفض (١) . كما قضت محكمة ليون الإدارية بأن تنفيذ الحكم الصادر بوقف تنفيذ قرار طرد الطاعن ، يقتضى توجيه أمر إلى المحافظ بأن يسلمه ترخيصا مؤقتا بالإقامة ، وذلك من وقت اعلانه بالحكم الصادر بوقف التنفيذ (٢) . بل ويطبق القضاء على أحكام الوقف ذات مايجريه على الأحكام الموضوعية ، إذ يرفض توجيه أمر إلى الإدارة بشأن تنفيذها إذا تبين له أن الإجراء المطلوب لايقتضيه هذا التنفيذ (٣) ، أو أن تنفيذ حكم الوقف لايقتضى اتخاذ اجراء محدد (٤) .

(٢) الشروط الإجرائيــــة :

٥٨ – تجلت رغبة المشرع فى أن تتولى كل محكمة من محاكم القضاء

---

(١) C.AA. Paris : 8 octobre 1996 – Prefet de police. Rec: p. 604.

(٢) T.A. lyon: 6 mars 1996. M chebira. Rec. p. 125.

(٣) C.AA. Nantes 28 mars 1996. Association Manche Nature. Rec : .P. 1108.

(٤) C.AA. Nantes.26 juin 1996– District de l'agylomeration nantaise. Rec P 1108

الإدارى كفالة تنفيذ أحكامها فى تطلب أن يكون الحكم صادرا عن ذات المحكمة التى توجه أمرا او تقضى بغرامة تهديدية بقصد ضمان تنفيذه . ويترتب على ذلك أنه لايجوز لغير المحكمة مصدرة الحكم أن تقوم بتلك الإجراءات لضمان تنفيذه ، كما لايجوز لها أن تتخذ تلك الإجراءات لكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمة أو جهة قضائية أخرى (١). بل ولايجوز حتى لمجلس الدولة أن يختص بالفصل فى طلبات تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية (٢) ، اللهم إلا إذا أحالت اليه تلك المحاكم هذه الطلبات للفصل فيها اعمالا لنص الفقرة الخامسة من المادة ٨/٤ من التقنين التى أجازت لتلك المحاكم أن تحيل اليه طلبات تنفيذ أحكامها .

ومن جهة أخرى إذا كان لايجوز لمحاكم القضاء الإدارى أن تتدخل لكفالة تنفيذ أحكامها بنظامى الأوامر والغرامة التهديدية ، فإنه لايجوز لها مطلقا أن توجه أوامر مجردة أو مقترنة بغرامة تهديدية لتنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء العادى . ولعل هذا ماعناه مجلس الدولة بقوله .. إن السلطة التى خولها القانون للقاضى الإدارى بأن يتخذ أوامر تنفيذية مقترنة أحيانا بغرامة تهديدية فى مواجهة اشخاص القانون العام والأشخاص الإعتبارية الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام غايتها كفالة تنفيذ أحكامه فحسب ، ولذا فإنها لاترخص له تجاوز قواعد توزيع الإختصاص بين القضاء العادى والإدارى (٣)

---

(١) T.A. Nantes: 8 janvier 1996 – centre d'aide par le travail Foyer de Sauenay. Rec.: .P. 1108.

(٢) وفقا للمادة الثانية من قانون الغرامة التهديدية معدلة بالمادة ٧٦ من قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ لايختص مجلس الدولة بكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية . انظر فى ذلك :

CHABANOL (D.): un printemps procedural pour la juridiction administrative ?. A.J. 1995. p. 395.

(٣) C.E. avis de section : 13mars 1998. Mme Vindevogel. A.J. 1998. P. 459.

ومن جهة ثالثة يمكن ، وفقا للمادة ٨/٤ من التقنين ، طلب توجيه أوامر مقترنة بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم حتى ولو أصبح نهائيا definitif (١) . ونهائية الحكم تعنى عدم قابليته للطعن بالطرق العادية . ومن هنا إذا كانت الأحكام الصادرة من محكمة الإستئناف الإدارية تعد نهائية حتى ولو كانت قابلة للطعن بالنقض (٢) فإن أحكام المحاكم الإدارية لاتكون كذلك إلا إذا كانت لاتقبل الطعن إما لانقضاء ميعاده أو لإستنفاد طرقه (٣) .

ونظرا لأن حكم المحكمة الإدارية المطعون عليه بالإستئناف لايعد نهائيا، لذا أفرد له المشرع حكما خاصا بشأن تحديد المحكمة المختصة بكفالة تنفيذه وذلك فى الفقرة الثانية من المادة ٨/٤ من التقنين التى نصت على أن يقدم طلب تنفيذ الحكم المطعون عليه بالإستئناف الى محكمة الإستئناف ذاتها . وسوف نعود إلى تلك المسألة لمعالجة مايترتب عليها من آثار عملية فيما بعد .

ثانيا : الشروط الخاصة بأحكام مجلس الدولة :

٥٩ – حددت المادة ٦/١ من قانون الغرامة والتى أضيفت اليه بمقتضى المادة ٧٧ من قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ هذه الشروط فيما نصت عليه من أنه إذا اقتضى تنفيذ الحكم الصادر من مجلس الدولة فى الموضوع اتخاذ اجراء محدد، فإنه يجب عليه ، إذا طلب ذو الشأن ذلك تحديدا ، أن يأمر به، كما يستطيع أن يلحق هذا الحكم بغرامة تهديدية تسرى بداية من التاريخ الذى يحدده ... أما إذا اقتضى تنفيذ الحكم الموضوعى أن يتخذ الشخص العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قرارا آخر بعد تحقيق جديد ، فإنه يجب عليه، إذا طلب منه ذو الشأن ذلك ، أن يأمر بإصدار هذا القرار خلال مدة محددة ، كما يمكنه أن يحكم بغرامة تهديدية محددا ميعاد سريانها .

---

(١) C.E. 27 octobre 1995. Ministre de logement c/ Mattia. Rec. p. 359.

(٢) T.A. Strasbourg 9 décembre 1995. Mme Marie – Jossé Fiebig c/ commune de seingbouse. R.D.F. Ad. 1996. p. 349.

(٣) CHAPUS (R.): Droit du cententieux administratif. Paris. Montchrestien. 1996. No. 770.3.

وإذا كان النص يردد الشروط السابقة فى نطاق أحكام مجلس الدولة ، إلا أنه يستلزم فضلا عن ذلك توافر شرطين : أن يكون الحكم صادرا عن مجلس الدولة ، كما يجب أن يكون حكما موضوعيا . ومن ناحية الشرط الأول يبدو أنه بقصوره على الأحكام الصادرة عن المجلس يستبعد اختصاصه بتوجيه أوامر مجردة أو متلازمة بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية . وهذا مابيناه سلفا .

أما من ناحية وجوب أن يكون الحكم صادرا فى الموضوع فإنه إذا كان يجعل لمجلس الدولة سبيلا على تنفيذ الأحكام التى تختص بالفصل بالطعن فيها بطريق الإستئناف لاسيما تلك الصادرة عن جهات القضاء الإدارى المتخصص (١) ، فإنه لايجيز له أن يوجه أوامر بقصد كفالة تنفيذ الأحكام التى ينظر الطعن فيها بطريق النقض ، باعتباره قاضى قانون لاقاضى موضوع مما يفقد حكمه فى تلك الحالة وصف الحكم الموضوعى (٢). ومن جهة أخرى لايستطيع مجلس الدولة أن يوجه أوامر إلى الإدارة بقصد كفالة تنفيذ مايصدره من أحكام مستعجلة أو وقتية حتى ولو كان يقتضيها تنفيذها ، باعتبارها ليست باتفاق أحكاما فاصلة فى الموضوع .

واللافت للنظر أن المشرع ضيق بهذا الشرط من نطاق أحكام مجلس الدولة المكفول تنفيذها بنظام الأوامر عن أحكام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ـ وعلى مايبدو أن سبب ذلك يرجع إلى أن مجلس الدولة بحكم اختصاصه المطلق بالحكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ الأحكام الإدارية وفقا للمادة الثانية من قانون الغرامة - يستطيع أن يضمن لتلك الأحكام الإحترام ،

---

(١) C.E. 27 mars 1995. M. Heulin. R.F.D. Ad. 1996. p.61
C.E. 4 octobre 1995. M. Servillat. R.F.D. Ad. 1996. p. 62. R.F.D Ad. 1996. p.63.

(٢) DEBBASCH (R.) : Le juge administratif et L'injonction J.C.P 1996-1 3924.

بما معناه أن جميع أحكامه وفقا للتحديد السابق ، تتمتع بحماية واسعة النطاق إما بالأوامر فقط وإما بالغرامة التهديدية فحسب ، وإما عن طريقهما معا .

وثمة تساؤل جدير بالطرح : هل يلزم أن يكون الحكم صحيحا حتى ينطبق عليه نظام الأوامر المقترنة بغرامة تهديدية ؟ بداية لم يطرح هذا التساؤل أمام مجلس الدولة ليدلى برأى أو حكم بشأنه ، بل ولم يتعرض له المشرع بنص فيما نظمه بشأن الأوامر التنفيذية أو الغرامة التهديدية من قريب أو بعيد . اذن لامنتدح إزاء هذا القصور عن البحث ، عن إجابة له فى ضوء القواعد العامة لتنفيذ الأحكام . والأصل فيها أن بطلان الحكم لايحول دون قابليته للتنفيذ ، إذ أنها تقضى بصحة الحكم الى أن يحكم فعلا ببطلانه ، وان الإجراء الباطل يبقى صحيحا منتجا لكل آثاره الى أن يقضى ببطلانه [1]. مفاد ذلك إذن أن صحة الحكم ليست شرطا لتنفيذه ، وإنما هو ينفذ رغم ما اعتراه من بطلان ، حالئذ يمكن أن تتخذ الأوامر والغرامة التهديدية سبلا للإجبار على تنفيذه .

بيد أن الأمر لايخرج عن أحد فرضين : إما أن ميعاد الطعن فيه لم ينفد ، وحالئذ يمكن اجراء طعن عليه ، ويكون لمحكمة الطعن الحكم بوقف تنفيذه ، ريثما تقضى ببطلانه . وهنا إذا كان سريانه بالوقف يتوقف ، مما ويحول دون توجيه أوامر تنفيذية بشأنه ، إذا كان لم يؤمر بها بعد ، فإنه بالبطلان ينعدم كل أثره . وبالطبع لايمكن تطبيق نظامها بشأنه لأنه حالئذ يرد على معدوم . أما الفرض الآخر فمؤداه مايرتبه فوات ميعاد الطعن من أثر . فى هذه الحالة يظل لنفاده باطلا . ولكنه بطلان عديم الأثر على قابليته للتنفيذ ، إذ رغمه يبقى سليما منتجا لكل آثار الحكم الصحيح . وهنا نجد أنفسنا أمام حكم باطل له قوة الأمر

---

(١) أ.د. احمد ابو الوفا : اجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية . اسكندرية . منشأة المعارف . ١٩٩١ . ص ٥٣ هامش رقم ١ .

المقضى به ، تتولد عنه كل آثار الأحكام الصحيحة [1] . وهذا يفضى إلى نتيجة تتفق مع ذات المنطق أن الحكم يكون صالحا لكفالة تنفيذه بالأوامر التنفيذية والغرامة التهديدية ، ولايجوز بالقطع للإدارة أن تتعلل فرارا من الخضوع لتلك الإجراءات بخطأ أو بطلان الحكم وإلا لكان ذلك معناه السماح لها بأن تحل تقديرها لصحته محل تقدير القاضى ، وأن تهدر بإرادتها حجية أو قوة الأمر المقضى به ، تلك التى يتمتع بها الحكم حتى ولو كان باطلا [٢] .

المبحث الثانى

الشروط المتعلقة بعدم تنفيذ الحكم الإدارى

تمهيد وتقسيم :

٦٠ - لئن كان الحكم ، بالمفهوم السابق ، يمثل أول جناح لنظام الغرامة التهديدية ، فإن عدم التنفيذ يمثل جناحه الآخر الذى به تحلق فى ساحة التطبيق . إذ التلازم فى اعماله أشد وثوقا وارتباطا ، يعبر عنه المشرع فى جملة واحدة فى النص الذى سبق بقوله : " فى حالة عدم تنفيذ حكم " . وكما أن الحكم لاينهض بذاته سببا لجريان هذا النظام ، وإنما يلزم شروط تتوافر حتى يبلغ المدى فى إحداث أثره ، فالأمر ذاته بالنسبة لعدم التنفيذ . إذ لابد أن تتوافر فيه عدة شروط حتى يعد مسوغا قانونيا للحكم بها ، هى فى جملتها معيار للفصل بين عدم التنفيذ المبرر لهذا الحكم ، وعدم التنفيذ الذى لايستوجبه.

بيد أن هذه الشروط لاتمثل منظومة قائمة بذاتها تجد مستقرها فى نص قانونى ، أو مستودعها فى حكم قضائى . وإنما هى على خلاف ذلك شتات متفرقة ، فالمشرع لم يعرض لها فى أى من نصوص قانون الغرامة التهديدية،

( ) أ.د نبيل عمر : الحكم القضائى : دراسة لبعض الجوانب الفنية للحكم القضائى . اسكندرية . منشأة المعارف . ١٩٩٩. ص : ٤٢، ٤٣، ٤٥.

(٢) GUETTER (CH.) : Chose jugée. J.C. Ad. 1994. Fasc. 1110.p. 16

ولا فى تلك التى لحقت به معدلة له ، وكل ما أورده - كما رأينا - صياغة عامة جمعت فى صعيد واحد بين الحكم وعدم تنفيذه فى جملة واحدة . ثم أعرض عن أن يفصل أو حتى يجمل شروطها . وتجئ الأحكام القضائية أيضا غير مفصلة أو جامعة لها ؛ ولذا كان لزاما أن نستخلص من ثناياها ، أو نستنبط من منطوقها مايمكن به تحديدها ، ووضع أطر قانونية لها .

وعلى هدى ذلك ، يمكن تصنيف المستنبط من تلك الشروط الى نوعين : شروط تتعلق بالتنفيذ بوجه عام.تعكس نوعا من التماثل الظاهر بين الغرامة التهديدية الإدارية ونظيرتها فى القانون الخاص . هذا التماثل الذى هيمن بآثاره على مجلس الدولة فأعدى إلى الأولى طرفا من أصول ضابطة لإعمال الثانية . والآخر شروط تتصل بواقعة الإخلال به باعتبارها التصرف الذى تأتيه الإدارة موجبا لخضوعها للتهديد المالى .

إذن فى مطلب أول نعرض لما ينبغى أن يتوافر فى التنفيذ من شروط تجعله صالحا لإحداث أثره فى الحكم بالغرامة التهديدية ، توطئة لبيان الشروط الخاصة بالإخلال الإدارى بالتنفيذ حتى يكون مبررا لإنزال هذا الحكم بالإدارة .

المطلب الأول

الشروط الخاصة بالتنفيذ

تمهيد

٦١ - على نحو مايجرى عليه نظام الغرامة التهديدية فى القانون الخاص ، لايمكن الإلتجاء اليها إلا فى حالة عدم تنفيذ التزام يكون فى المقدور تنفيذه [١] . أى لابد أن يكون هناك التزام اصلى لم ينفذ ، فإذا انتفى وجود هذا يكتسب قوة تنفيذية تفرض على الإدارة بوجه خاص احترامه [] حتى ولو كان

---

(١) CARBONNIER ( ) : Droit civil: obligations. Paris. Thémis P.U.F. 12e edition . 1985. T.4. p. 144 et ss.

( )

الإلتزام ، أو كان قائما.ولكنه مستحيل التنفيذ زال مبرر الحكم بـــها (١).
وتؤكد التطبيقات القضائية لمجلس الدولة اعمال ذات الأحكام في نطاق الغرامـــة التهديدية الإدارية مع اختلاف في التفاصيل تقتضيـــها المغـــايرة بيـــن طبيعـــة الروابط في مجال القانون العام عنها في القانون الخاص .

فكما أن المدين في القانون الخاص عليه التزام بتأدية ذات ما الـــتزم بـــه الى الدائن ، يحمل عليه كرها اذا امتنع عنه طوعا ، فإن الإدارة عليها الـــتزام بتنفيذ الحكم الصادر في مواجهتها ، إذا لم تؤده اختيارا ، الزمت به اجبـــارا . وأيضا مثلما لايجوز حمل المدين على تنفيذ التزامه تحت التهديد المالي إن كـــان هذا التنفيذ غير ممكن ، فكذلك الإدارة لايمكن اجبارها على تنفيذ الحكم إذا كان مستحيلا .

شرطان إذن لابد من توافرهما في التنفيذ لإحداث أثره : أن يقع علـــى الإدارة التزام فعلي بالتنفيذ ، وأن يكون هذا التنفيذ ممكنا .

الفرع الأول
ضرورة وجود التزام على الإدارة بالتنفيذ

أساس الإلتزام الإداري بالتنفيذ :

٦٢ – ليس هناك من ينازع في وجود هذا الإلتزام بشكل دائم. ومرجـــع ذلك الى مايتمتع به الحكم الإداري من حجية تلك التي تعكـــس قـــوة الحقيقـــة القانونية الكامنة في منطوقه والتي تفرض سلطانها على الجميع ، والتـــي بـــها يكتسب قوة تنفيذية تفرض على الإدارة بوجه خاص احترامه () حتى ولو كـــان

---

(١) MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.) : lecons de droit civil, obligations: paris. Montchrestien. 7e edition. 1985. T.2. No. 941 et ss.

(٢) GEORGE (G.) : Autorité de la chose judicirement jugé a l'egard des autorités et juridictions administrative. J.C.A. 1988 fas: 663. P. 7.

مطعونا عليه بالإستئناف باعتبار أن الطعن غير موقف للتنفيذ إلا إذا أمرت بـه محكمة الطعن (١) . اعتبار الحجية أساس هذا الإلتزام هو الـذى استوجب أن يصدر المشرع قانون الغرامة التهديدية ، وأردفه بقـانون الأوامـر التنفيذيـة قاصدا أن يجبر بالأول الإدارة على احترامها (٢) ، وأن يحثـها بالثـانى علـى سرعة تأدية مقتضياتها (٣) . بل هو ذاته ما أفضى بمجلـس الدولـة الـى أن يعتبرها مبدأ من المبادئ العامة للقانون يصم خروج الإدارة عليها بعـدم تنفيـذ الأحكام بعيب عدم المشروعية ، يستوجب من ناحية الغاء تصرفها المخـالف ، ويرتب من جهة ثانية مسئوليتها (٤) . ولعل هذا ماقصدت اليه محكمة القضـاء الإدارى فى حكم ذى دلالة على مانحن بصدده بقولها ... بأن امتنـاع الإدارة عن تنفيذ الحكم يرتب مسئوليتها لأنه يعتبر اجراءً خاطئا ينطوى على مخالفـة أصل من الأصول القانونية هو احترام حجية الشئ المقضى به الذى من شـأنه إشاعة الطمأنينة واستقرار الأوضاع ، وإحاطة القضاء بسياج من الحماية (٥) .

والأمر ذاته جعل المجلس الدستورى يقر لها مؤخرا بمكانة المبـادئ ذى القيمة الدستورية فعصمها بذلك من أن تنالها حتـى يـد المشـرع اهـدارا أو انتقاصـا (٦) ، وصـارت بمقتضى ذلك حائلا دون أن يبغى بتنظيم على حقوق

---

(١) RAYNAUD (F.) et GERARDAT (H.): chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1998. P. 97.

(٢) PACTEAU (P.): la chose decidée contre la chose jugée dans le droit des astreintes administratives L.P.A. 1990. No: 71. P. 14.

(٣) PRISSON (J.F.): injonction au service de la chose jugée contre l'Administration. R.J. 1996. 3-p. 167.

(٤) JEANNEAU (B.): les principes généraux des droit dans la jurisp rudence administratives . Paris. Editions du recueil Sirey. 1954. P. 102 et ss.

(٥) محكمة القضاء الإدارى : ٢٠ ديسمبر ١٩٥٦. الدعوى رقـم ١٥٢٨ لسـنة ٦ القضائية . مجموعة السنة الحادية عشر . ص : ١٠٠.

(٦) C.C. 29 decembre 1986. J.C.P. 1987. 2. 20902.

اكتسبت بمقتضى أحكام تتمتع بها [١] .

وإذا كان ماسبق يكفى فى حد ذاته لإثبات تاسيس الإلتزام الإدارى بالتنفيذ على ما للأحكام الإدارية من حجية ، على نحو يتأكد معه وجوده ، فإن ما يثيره هذا الإرتباط القائم بينهما نطاق سريان هذا الإلتزام سواء من الناحية العضوية ، أو من الناحية الموضوعية .

أولا : النطاق العضوى للإلتزام الإدارى بالتنفيذ :

٦٣ - من اللحظة التى نوقن فيها بأن حجية الحكم الإدارى ، على خلاف نظيره المدنى ، تتفاوت تفاوتا مرجعه نوعه وطبيعة الدعوى التى صدر فيها ، علينا أن ندرك أن هذا التفاوت يؤثر بشكل أو بآخر على نطاق الإلتزام الإدارى بالتنفيذ عضويا. وقبل أن نبين ذلك ينبغى أن نشير إلى أن هذا التفاوت فى الحجية ، إذا كان يعود بالضرورة الى نوع الحكم أو طبيعة الدعوى ، فإن مايساهم فى تحديد ذلك طلبات المدعى تلك التى تحدد موضوع الدعوى ، وتبين عن قصده من اقامتها ، وتكشف عن المدعى عليه فيها . وسواء طلب الغاء قرار مس مركزه القانونى أو تعويضا عن تصرف ادارى اضر به ، فإن القاضى لايركن كثيرا الى التكييف الذى يسبغه على دعواه ، ذلك أنه يستأثر استقلالا بتحديد التكييف الصحيح لها ، وإسباغ الوصف القانونى عليها متخذا أساسا لذلك ما يتضمنه من طلبات المدعى ، وذلك لأنه فى جميع الأحوال ملزم بها لايتجاوزها ، ولايتعدى حكمه لغير مااختصم فيها ، استنادا إلى اصل جزائى مؤداه لايجوز للمحكمة أن تقضى بغير ماطلبه الخصوم [٢] .

---

(١) VINH (O.): observations sous c.c. 29 decembre 1986. J.C.P. 1987. 2. 20902.

(٢) CHAPUS (R.): Droit administratif ... op. cit. P. 730.
وانظر أيضا : د. محمد ماهر أبو العينين : إجراءات المرافعات أمام القضاء الإدارى . القاهرة . دار الطباعة الحديثة . ١٩٩٥. الكتاب الأول. ص : ١٨١، ١٨٤.

فى ضوء ذلك يتجلى الإرتباط بين تفاوت الحجية ونطاق الإلتزام بشكل يضعنا وجها لوجه أمام الإجابة عن تساؤل عما إذا كان هذا الإلتزام يقتصر على الجهة التى صدر فى مواجهتها الحكم أم يتعداها إلى غيرها .

فمن ناحية أن الأحكام الصادرة فى دعاوى الحقوق تكون لها حجية نسبية اذ هى فيما قضت به لاتلزم إلا الجهة التى صدرت فى مواجهتها باعتبارها طرفا فيها . ودور نسبية الحجية فى تلك الأحكام يتجلى أثره فى أن الغرامة التهديدية لايمكن أن تتخذ لإجبار جهة ادارية لم تكن طرفا ولا متدخلة فى الدعوى التى صدر فيها ، إذ يتوقف اعمالها عند الجهة الإدارية المحكوم ضدها فحسب (١) .

ومن وجهة ثانية ، وعلى خلاف ذلك ، تكون لأحكام الإلغاء حجية مطلقة بمعنى أنها تسرى فى مواجهة الكافة من مثل فى الدعوى ، ومن لم يمثل من الجهات الإدارية (٢) . وهذا يفسره اعتبار منطقى مؤداه أن حكم الإلغاء يهدم القرار وينهى وجوده القانونى والواقعى ، ولذا لايعقل والحال كذلك ، أن يكون هذا القرار منعدما بالنسبة للبعض ، وقائما بالنسبة للبعض الآخر (٣) .

وتأسيسا على ذلك لايلزم حكم الإلغاء الجهة التى كانت طرفا فى الدعوى التى صدر بشأنها فحسب ، وإنما يلزم أيضا غيرها من الجهات الإدارية الأخرى باعتبارها تدخل فى مفهوم الكافة لامفهوم الطرف . ولايتعلل هنا بأن الحجية تفقد شرطا من شروط إعمالها وهو وحدة الخصوم ، بما مفاده قصر الحكم فيها على أطرافها فحسب ؛ إذ أن حكم الإلغاء، كما قدمنا، بصدوره يكون قد أزال من الوجود القرار الملغى ، فلا يصح حالئذ أن تتعامل جهة ادارية على

---

(١) C.E. 16 juin 1997- Vialas. Rec: p. 1022.

(٢) C. E. 9 juin 1989. Dufat. Rec: p. 139

(٣) WEIL (P.). les consiquences de l'annulatim d'un acte administratif pour excésde pouvoir Thése Paris Pendome 1952. P 19.

وجوده وأخرى على انتفائه [1]. ولعل هذا هو المنطق الذى حدا بمجلس الدولة ، منذ أوليات هذا القرن ، إلى أن يقضى بإلزام أحد المحافظين بحكم لم يصدر ضده ، وإنما صدر فى مواجهة أحد المجالس المحلية [2] .

ومن هنا نقول بلا تردد كما أن الغرامة تتخذ لإجبار الجهة الإداريةالصادر ضدها الحكم على تنفيذه ، يمكن أيضا وبذات الكيفية يلجأ اليها لحمل غيرها عليه حتى ولو لم تكن طرفا فى الدعوى . وتطبيقا لذلك لم يرفض مجلس الدولة إمكانية الحكم بها ضد جهة ادارية - اقليم Frang لحمله على اتخاذ اجراءات التنفيذ اللازمة لحكم الغاء قرار جهة ادارية أخرى - محافظ Havte – Savoie - باتخاذ اجراءات اقامة مشروع مد شبكة صرف صحى لصالح هذا الأخير على أرض الطاعن [3] .

ولاتقتصر الحجية المطلقة ، بما لهامن اثر فى تحديد نطاق هذا الإلتزام عضويا ، على الأحكام الموضوعية في دعوى الإلغاء ، وإنما تمتد إلى الأحكام المستعجلة فيها ، كالحكم الصادر بوقف تنفيذ القرارالمطعون عليه بالإلغاء . إذ أن لهذا الحكم حجية مطلقة ، باعتباره يمثل فرعا من الأصل - أى حكم الإلغاء - مما يستلزم أن يجرى عليه ذات حكمهفيحوز تبعا لذلك حجيته بذات نطاقها .

وهذا مايؤكده البعض بقوله.. إن حكم الوقف ، وإن لم يكن الغاء للقرار المطعون فيه إلا أنه اشتقاق من دعوى الإلغاء المختصم فيها القرار ذاته ، ولذا فإنه لابد أن يجعل له نفس الحجية العينية المطلقة تجاه الكافة التى يتمتع بها الحكم القاضى بالإلغاء .. [4]. ومع التسليم بمنطق هذا الرأى ، إلا أننا نورد

---

(١) محكمة القضاء الإدارى :٢٣ مايو ١٩٥١. الدعوى رقم ٢٩٦ لسنة ٤ القضائية.مجموعة السنة الخامسة . ص : ٢٨١.

(٢) C.E. 8 février 1930, Goiraud. Rec. p. 162.

(٣) C.E. 7 janvier 1994. Epoux ledoux. Rec. p. 11. R.D.p. 1995.p. 1668. R.F.D. Ad. 1994.p. 390.

(٤) أ.د. محمد فؤاد عبدالباسط :وقف تنفيذ القرار الإدارى المرجع السابق.ص:٧١٤

عليه تحفظا بأن حكم الوقف إن كانت له حجية على الكافة إلا أنه لا يعد باتفاق حجة على محكمة الموضوع • غير أن هذا لاينال من اصل حجيته المطلقة إلا كما ينال الإستثناء من القاعدة . ويكفى أن نقرر فى هذا الشأن بأنه رغم تسليم مجلس الدولة بأن مايصدره قاضى الأمور المستعجلة من أحكام أو أوامر لايتمتع بحجية أمام قضاء الموضوع ، إلا أنه يجيز له الحكم بغرامة تهديدية ، بل وتصفيتها أيضا ؛ لإجبار الجهات الإدارية على تنفيذها (١) .

ثانيا : النطاق الموضوعى للإلتزام الإدارى بالتنفيذ :

٦٤ - لئن كان النطاق العضوى للإلتزام يتحرى ما إذا كان هذا الإلتزام يقتصر على الجهة التى صدر الحكم فى مواجهتها أم يتعداها إلى غيرها ، فإن نطاقه الموضوعى يستهدف الوقوف على حدود التزام تلك الجهة بالحكم . وهو من تلك الناحية يتحدد بأمرين : النزاع الذى فصل بالحكم فيه فلا يتعداه إلى غيره ، ومضمون هذا الحكم فلا يتجاوزه الى الأسباب التى حمل عليها .

(١) تحديد نطاق الإلتزام بالنزاع الذى فصل فيه الحكم :

٦٥ - تحديد نطاق الإلتزام بطريق النزاع يعد انعكاسا لشرط وحدة الموضوع كشرط واجب التوافر لإعمال أثر الحجية . اذ يجب أن يتحدد فى الموضوع الحكم المطلوب تنفيذه ، وطلب الحكم بالغرامة • بحيث لو قدم هذا الأخير عن نزاع غير الذى فصل فيه يكون مرفوضا باعتباره منفصلا عن النزاع محل الحكم ، ممثلا لنزاع مستقل litige distinct . وهذا معناه خروج طلب الغرامة عن نطاق الحكم المطلوب تنفيذه ، ودخوله فى إطار مالم يحكم بشأنه القاضى ، على نحو يتأكد معه انتفاء وجود الإلتزام بالتنفيذ كمبرر للحكم بالغرامة .

وتتعدد فى قضاء مجلس الدولة دلائل الإستقلال بين منازعة الحكم والمنازعة محل طلب الغرامة التهديدية بشكل يمكن حصرها فى ثلاثة :

---

(١) C.E. 14 novembre 1996. communauté urbaine de lyon. Rec. p. 1022

المغايرة التامة بين المنازعتين ، المنازعة فى كفاية التنفيذ ، والمنازعة فى عدم مناسبة اجراءات التنفيذ .

فمن ناحية المغايرة بين المنازعين تتجلى فى الإنفصال بين المنازعة التى فصل فيها الحكم المطلوب تنفيذه ، وتلك التى أوردها المحكوم له طلب الحكم بالغرامة لتنفيذه . مثل ذلك ماقضى به مجلس الدولة من رفض طلب الحكم بغرامة تهديدية ضد أحد الأقاليم على اساس أنه بعد الغاء المحكمة الإدارية لرخصة بناء منحها لأحد الأشخاص ، قام عمدة الإقليم بإصدار قرار جديد بمنح ذات الشخص رخصة بناء مماثلة للرخصة الملغاة ، مما يعنى عدم احترام حجية الشئ المقضى به ، والإخلال بتنفيذ حكم المحكمة الإدارية سالف الذكر . وفى تأسيس الرفض قال المجلس أن المنازعة المتعلقة بقرار العمدة الجديد يعد منازعة مستقلة عن تلك التى فصل فيها الحكم الصادر من المحكمة الإدارية ؛ ولذلك إذا كان للطاعن أن يطلب من القاضى المختص الحكم بوقف تنفيذ هذا القرار ، فإنه لايجوز له طلب الحكم بغرامة تهديدية ضد اقليم Bonifacio لإجباره على تنفيذ حكم المحكمة الإدارية [١] . ومرة أخرى تلغى المحكمة الإدارية قرارا لوزير التعاون برفض تجديد عقد أحد العاملين باعتبار أنه لايجوز ذلك وفقا لقانون ٢٦ يناير ١٩٨٤ إلا فى حالتين لاتتوافر أى منهما: عدم الصلاحية المهنية ، وارتكاب إحدى المخالفات التأديبية . وإذا كان مقتضى تنفيذ هذا الحكم الزام الوزير بإبقاء العامل فى ذات وظيفته رغم انتهاء مدة العقد ، فإنه لايكون من مقتضاه اجبارالوزير على ابرام عقد جديد بشروط مغايرة تتناسب والظروف المعيشية المستجدة . وإذا كان المحكوم له يطلب الحكم بغرامة تهديدية لإلزام الوزير بتنفيذ ذلك ، فإن هذا الطلب يكون غير مقبول ؛ لأنه يمثل منازعة مستقلة عن تلك التى حسمها حكم المحكمة الإدارية [٢] .

---

(١) C.E. 28 juiilet 1984, Association de defénse des intêréts des bonificiens et leure nvironnement . Rec: p. 865.

(٢) C.E. 17 janvier 1997, Schmit. Rec: p. 1022.

وأما من ناحية المنازعة فى كفاية التنفيذ . فإن مظهر استقلالها عن المنازعة الأصلية أن المحكوم له لايطلب الحكم بالغرامه لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكم الصادر بشأنها ، وإنما لإلزامها على تنفيذ مايعتقد أنه يكمل مضمونه ، ظنا أن ماتقوم به الإدارة غير كاف لأعمال مقتضاه . من ذلك الحكم الصادر بإلغاء فصل أحد الموظفين ؛ إذ أن مقتضى تنفيذه إعادته إلى عمله مع مايترتب على ذلك من آثار اعتبار الفصل كأن لم يكن من وقت القرار الصادر به . ورغم اتخاذ الإدارة كل هذه الإجراءات تنفيذا للحكم إلا أن الموظف تقدم بطلب الحكم بغرامة تهديدية لأنها لم تنفذ مقتضى الحكم كاملا ، إذ لم تمنحه تعويضا مناسبا عما لحقه من أضرار نتيجة الفصل غير المشروع . ولكن مجلس الدولة رفض هذا الطلب معتبرا أن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم بإلغاء فحسب، ولم يقض للطالب بأى تعويض ، مما يعنى أن مايطالب به من تعويض يمثل منازعة مستقلة عن التى فصل فيها حكم الإلغاء ، الأمر الذى يتوجب رفض طلبه (١) . كما أن مجلس الدولة رفض طلب الحكم بغرامة تهديدية ؛ لأن الطالب كان قد صدر له حكم بالتعويض . ولكنه طالب الإدارة بدفع التعويض المحكوم به مع الفوائد التأخيرية ، وقد اعتبر المجلس أن اجبار الإدارة على دفع الفوائد القانونية بالحكم عليها بغرامة تهديدية لايجوز؛ لأن الحكم صدر فى منازعة تعويض ، ولم يقض بأية فوائد ؛ ولذا تكون منازعة الفوائد منازعة جديدة لاشأن للحكم المطلوب تنفيذه بها (٢) .

وأخيرا من جهة المنازعة فى عدم مناسبة اجراءات التنفيذ فى هذه الحالة الإدارة تنفذ الحكم . ولكن يرى المحكوم له أن الإجراءات التى اتخذتها لتنفيذه غير ملاءمة أو غير مناسبة لما يقتضيه الحكم . فيطلب الحكم بغرامة تهديدية؛ لأن الإدارة أخلت بالتنفيذ واجبارها على اتخاذ الإجراءات المناسبة

---

(١) C.E. 29 decembre 1995, M. Beaurepaire. J.C.A. 1997. P. 33.
C.E 1e juillet 1991 Mme Bodin. Rec: p. 1139.
C E. 25 Janvier 1993 M. Lacour paille. J.C.A. 1997. P. 33.

(٢) C E 20 avril 1984 Ribot Rec p. 156

لذلك . فمن المعروض مثلا حال الحكم بإلغاء قرار فصل الموظف لعدم مشروعيته ، إعادته إلى ذات وظيفته . ولكن قد يحدث أن تعيده الإدارة إلى وظيفة من نفس وظيفته.ولكنه ينازع فى ملاءمة هذه الوظيفة لحالته الواقعية والقانونية المستجدة ، فيظن بذلك أن الإدارة لم تنفذ الحكم تنفيذا مناسبا ، مما يدفع به إلى طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبارها على ذلك . ويرفض مجلس الدولة هذا الطلب على سند من القول بأن هذا يمثل منازعة جديدة مستقلة عن المنازعة فى قرار الغاء الفصل ، مما يكون معه طلبه خليقا بالرفض (١) .

(٢) تحديد نطاق الإلتزام بمنطوق الحكم لا بأسبابه :

٦٦ - الأصل أنه لايلزم الإدارة من الحكم إلا منطوقه اعتدادا بالقاعدة الإجرائية التى مؤداها أن الحجية تقتصر على منطوق الحكم ، ولا تتعداه إلى الأسباب التى حمل أو بنى عليها (٢) . وإذا كان لاوجه للخوض تفصيلا فى تبيان التفرقة بين المنطوق والأسباب فحسبنا أن نشير إلى أن منطوق الحكم dispositif ينصرف إلى التعبير اللفظى الذى يكشف صراحة عما قضت به المحكمة . وهو بذلك يختلف عن أسباب الحكم motifs التى تعنى الحجج التى استندت اليها المحكمة فى اصداره ، أو حملتها على القضاء بما جاء فى المنطوق . وعلى ذلك إذا كان السبب فى ضوء هذا التصوير يعكس رؤية القاضى فى تقدير الوقائع التى حملته على الحكم بما قضى به ، أو يمثل وجهة نظره الذاتية للنص الذى يطبقه على النزاع المعروض عليه ، فإن المنطوق على خلافه ، اذ هو عبارة عن الرأى القانونى القاطع فى الحكم . ولما كان الملزم قانونا هو هذا الأخير فإن مقتضى الحال تحديد نطاق الإلتزام الإدارى به وحده ، ذلك أن رؤية القاضى مجرد اجتهاد لانصيب له من الإلزام إلا بقدر وثوق صلته بمنطوق الحكم تحديدا أو إتماما (٣) .

---

(١) C.E. 25 janvier 1993. Mme. Adélaide. J.C.A. 1997. P. 33.

(٢) C.E. 4 mai 1973, Entreprise louis-Matiére . Rec. p. 324. A.J. 1974. P. 43.note : M.N.

(٣) C.E. 19 mars1982. Ministre d'agricIture. Rec: p. 719.

ولاينبغى أن يدفع هذا إلى الإعتقاد بأن الأسباب جملة لا أهمية لـها ، أو أنها تتجرد كلية من كل قيمة ، ذلك لأنها فى ارتباطها بمنطوق الحكم تكون على نوعين : أسباب جوهرية وهى تلك التى تحدد غموضا انتابه ، أو تكمل نقصا اعتراه ، وهذه لأهميتها ترتبط بالمنطوق ارتباط السبب بالنتيجة ، ولـذا لايمكن أن يقوم بدونها . ومن هنا تمتد اليها الحجية ، ويمتـد اليـها حـالتذ الإلتزام بالتنفيذ (١) . ولذا قضى بأن حكم المحكمة الإدارية بإلغاء قـرار الإدارة الضمنى برفض رخصة بناء على اساس عدم وجود شـبكة صـرف صحـى بالمنطقة المزمع اقامته فيها تأسيسا على وجود شبكة فى منطقة مجاورة يمكـن الصرف خلالها . فإن هذا السبب يتصل اتصالا وثيقابمنطوق حكـم الإلغـاء ، ولذا تمتد اليه حجيته (٢) . وهذا يفرض على ذات الجهة الإدارية الإلتزام بـه ، ويكون مقتضى ذلك أنه لايجوز لها الإمتناع عن التنفيذ تجاهلا له . كما لايحق لها مستقبلا رفض الترخيص بالبناء فى ذات المنطقة انكارا له مستندة إلى سـبب يتماثل مع ذاك الذى أفضى الى الغاء الرفض أول مرة (٣) .

وفى حكم أكثر إيضاحا وتدليلا على ذلك صدر بمناسبة الطعن فى قـرار محافظ مقاطعة L'Aude الصادر فى ٧ يوليه ١٩٩٢ بإبعـاد أحـد الرعايـا الأوربيين المقيمين على الأراضى الفرنسية ، قضى مجلس الدولة بتأييد حكـم محكمة مونبليه الإدارية بإلغاء هذا القرار تأسيسا على أن هـذا الإبعـاد يمثـل اعتداء على الحق فى احترام الحياة العائلية على نحو يخـالف المـادة ٨ مـن الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان . وقد ذهب المجلـس إلـى أن هـذا السـبب لأهميتـه تكون له حجية الشئ المقضـى به على نحو يستوجب تنفيذ الإدارة له

---

(١) C.E. 18Juin 1986. Mme. Krier Rec. p. 166. D.1987. p. 193. Note: Pacteau.

(٢) C.E. 18mars 1983 Résisdence du parc Rec: p 126. A.J. 1983 P 626. Note: pacteau.

(٣) GUETTIER (ch) op cit. P 5

قيامها بتسليم الطاعن ترخيص بالإقامة تحت الحكم بغرامة تهديدية [١] .

أما عن النوع الآخر من أسباب الحكم : فهى اسباب عرضية لاترتبـــط بالحكم ارتباطاوثيقا ؛ إذ لايؤثر وجودها أو انعدامها فى قيامه ، وإنمـــا يكـــون جل دورها تبرير منطوقه فحسب . وهذه لطبيعتها تلك لاتتمتـــع جريـــا علـــى الأصل بالحجية [٢] . إذن هى غير ملزمة ، ولاتعامل الإدارة وفقا لها . ولكـــن هذا ليس معناه إطراح كل قيمة لها ؛ ذلك أن لها رغم انعدام دورها فى نطـــاق الحجية أهمية فى رحاب آخر. فلا تخفى أهميتها بالنسبة للقاضى والمتقاضى اذ تبين لهما المسار القانونى والواقعى الذى سلكته محكمة أول درجة فصـــلا فـــى الدعوى .

فمن ناحية تتيح لقاضى التنفيذ إمكانية اعمال رقابتـــه علـــى حكـــم أول درجة، فيصوبه إذا استبان له أنه حملا على هذه الأسباب قد صـــادف صحيـــح القانون أو يخطئه إذا تبين له أن المحكمة تنكبت وجه الحق فقصـــرت أســـبابها عن تبرير المنطوق . ومن ناحية أخرى تتجلى أهمية هـــذه الأســـباب بالنســـبة للمتقاضى فى أنه على ضوئها يحدد موقفه من الحكم ، إما أن يقنع بســـلامته أو يتشكك فى صحته ، فيقيم لذلك طعنا عليه . وأخيرا أن للأسباب العرضيـــة دورا لايمكن الإستهانة به فى علاقتها بمنطوق الحكم على اعتبار أنه قد يكـــون هـــذا الأخير مبهما غير مفهوم أو غامضا غير واضح ، فى هذه الحالة لامنتدح عـــن الرجوع إلى أسبابه لإزالـــة هذا الإبهام ، وتبديـــد هذا الغمـــوض [٣] . وبذلـــك يتيسر على الإدارة مهمة تأدية التزامها بتنفيذه ، ويتجلى تماما نطاقه .

على هذا النحو يتبدى اختلاف سبب الحكم عن سبب القرار ، إذ أن هذا

---

(١) C.E. 21 decembre 1994. Ministre d'interieur c/ Mert. R.F.D. Ad. 1995. P. 203.

(٢) انظر: أ.د. احمد ابو الوفا : اصول المحاكمات المدنية . اســـكندرية . مؤسســـة الثقافة الجامعية . بدون تاريخ . ص : ٦٩٢.

(٣) DEBBASCH (ch.) et autre : contentieux administratif. Paris. Dalloz. 5ᵉ edition. 1990. P. 618.

الأخير تستطيع الإدارة أن تجرى بشأنه حلولا دون أن تنال بذلك مس حجية الحكم الصادر بالإلغاء ، ودون أن تكره على تنفيذ هذا الأخير بالغرامة التهديدية بزعم خرقها لتلك الحجية . كان وزير المحاربين القدماء قد اصدر قرارا برفض منح هوية مقاتل لذى الشأن ، ولما طعن بإلغاء هذا القرار قضت المحكمة الإدارية بالفعل بإلغائه • ولكن الوزير أصدر قرارا آخر بالرفض مستندا هذه المرة إلى سبب جديد عن السبب الذى أسس عليه قرار الرفض الملغى . طلب الطاعن من مجلس الدولة الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الوزير على تنفيذ حكم المحكمة الإدارية معتبرا أنه قد انتهك بإصدار قرار الرفض الجديد حجية الشئ المقضى به . ولكن مجلس الدولة رفض هذا الطلب تأسيسا على أن قرار الرفض الأخير وقد بنى على سبب مختلف عن سبب القرار الملغى فإنه لاينطوى على أى انتهاك لحجية الشئ المقضى به ، ولا يمكن الإجبار على تنفيذه لذلك بالحكم بغرامة تهديدية (١).

الفرع الثانى

وجوب أن يكون التنفيذ ممكنا

تمهيد :

٦٧ – ثمة فكرة جوهرية ينطلق منها هذا الشرط أنه لاتكليف بمستحيل ، ولا إجبار إلا على تأدية مقدور ،انطلاقا من ذلك لامجال لإعمال نظام الغرامة التهديدية إذا استحال تنفيذ الحكم ، إذ أن الإلتجاء إليها حالئذ سيكون غير مجد ، لأنه سيكون دفعا إلى مالايمكن فعله . اذن لايكفى فى سنن الغرامة التهديدية أن يكون الإلتزام قائما حتى يتحقق أثرها ، وإنمايلزم أن يكون فى الإستطاعة تأديته بتنفيذ الحكم . ومماينبغى أن يعزب عن بالنا أن الإستحالة المانعة من التنفيذ فى هذا النطاق على خلاف ماعليه الحال فى القانون الخاص ، لاتعنى فحسب أن

---

(١) C.E 3 février 1993.Boissonnet. Rec: p. 972.

التنفيذ مستحيل لذاته . وإنما يمتد أيضا إلى ماهو مستحيل لغيره . فالإلتزام بذاته قد يكون مقدورا • ولكن لعارض اعتراه عاصره أو لإجراء لحق به صار مستحيلا

ومن هنا تتنوع الإستحالة المانعة من التنفيذ تبعا لمصدر الإجراء أو الواقعة المفضية إلى استحالته . إلى نوعين : استحالة قانونية ، وأخرى مادية أو واقعية .

أولا : الإستحالة القانونية للتنفيذ :

٦٨ - فى بعض الحالات يستحيل تنفيذ الحكم استحالة مرجعها إلى اجراء يستند إلى نص أو يستقر علىمبدأ من المبادئ القانونية ، أو يتأسس على حكم قضائى يغدو لامحل للتنفيذ معه . ويستوى فى ترتيب هذا الإجراء لأثره أن يمتد إلى المستقبل أو أن يكون مقصورا على الماضى • ويتماثل فى إحداث هذا الأثر أن يكون عدم التنفيذ مطلقا أبدا ، أم موقتا إلى حين ، غاية الأمر أن به يمتنع التنفيذ .

اجراءات ثلاثة تتحقق بها تلك الإعتبارات ، ويكون لها ذات الأثر هى : التصحيح التشريعى ، وقف تنفيذ الحكم ، الغاء الحكم .

(١) التصحيح التشريعى :

٦٩ - يصحح المشرع بمقتضى نص آثارا ترتبت على حكم الإلغاء ، فيصير بتصحيحه تنفيذه على الماضى مستحيلا ، وتتحرر الإدارة بهذا بالتصحيح من التزامها بتنفيذ الحكم (١) . فلا يمكن مطالبة الإدارة بإعمال أثر الحكم بإلغاء كل القرارات اللائحية أو الفردية التى اتخذت تأسيسا على القرار الملغى، إذ يعد تنفيذها بعد التصحيح مستحيلا (٢) .وإذا كان بالتصحيح يمتنع ملاحقة الإدارة بالغرامة لإجبارها على تنفيذ ما صححه المشرع من أحكام

---

(١) CHAPUS (R.): Droit du contentieux administratif ... op. cit. P. 890.

(٢) GUETTIER (ch.) : chose jugée . op. cit. P. 16.

الإلغاء ، فإن هذا أبدا لايعنى أن يترخص المشرع فـــى تحريـــر الإدارة مـــن التزامها باحترام أحكام القضاء ، ولا من اثره أهدار ما للأحكام من حجيـــة وإلا عد ذلك اهدارا للدستور ذاته [١] ، وتقويضا لأحد المبادئ الدستورية وتعنى بـــه مبدأ فصل السلطات الذى يحظر على المشرع التدخل فى عمـــل القضـــاء [٢]. وهذا مايبينه المجلس الدستورى بقوله ... " ولايجوز للمشرع أن يراقب أحكـــام القضاء ، ولايوجه أوامر اليه ، ولايحل نفسه محله فى الفصل فى المنازعـــات التى تدخل فى نطاق اختصاصه [٣] .

اذن فى ضوء ذلك علنيا أن نضع التصحيح – وكل مـــا للمشـــرع مـــن سلطات – فى موضعه . بقى أن نحدد نطاقه الدستورى فـــى علاقتـــه بحجيـــة الأحكام ، ليتبين على هدى ذلك ، مدى الإستحالة فى التنفيذ الذى وفقا له يتجلـــى إلى أى حد يمتنع الحكم بالغرامة .

إن التصحيح فى هذا الشأن مقيد دستوريا بقيدين مـــن خلالـــهما يتحقـــق التعايش بينه وبين الحجية ، وعن طريقهما يفض التنازع ، على فرض وجـــوده، بينهما . أولهما قيد موضوعى ، والآخر غائى . ويعنى الأول أن المشرع ، إن كان له أن يجرى تصحيحا ، فلابد أن يكون ذلك فى نطاق أثر الحكـــم لا فـــى إطار مضمونه . بمعنى أنه لاعلاقة له بالحكم حين يسلك سبيل التصحيـــح ، إذ لايملك إلا أن يصحح الآثار المترتبة علىالقرار الملغى بأثر رجعى ، أى فـــى الفترةالواقعة بين صدور هذا القراروالحكم بإلغائه ، ولايملك أكثر من ذلك . فلا يستطيع مثلا بالتصحيح أن يضفى المشروعية علىالقرارالملغى ، ولا أن يعيـــده إلى الحياة بعد اعدامه قضائيا ، ولا يمكنه تعطيـــل أو إعاقـــة تنفيـــذه بالنســـبة

---

(١) SCHRAMECK (O.): les validations legislatirvs. A.J. 1996. P. 369.

(٢) FOMBEUR (P.) et autre : chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1998. P. 403.

(٣) C.C.22 juillet1980. R.D.P. 1980. Note : Favoreu. A.J. 1980.p. 602. Note: Carcassomme.

للمستقبل [١] . إذن التصحيح من حيث إعمال أثره يعد فاصلا بالنسبة للحكم بين مرحلتين : المرحلة السابقة على صدور الحكم ، والمرحلة اللاحقة له . فهو لايمتد بأثره إلا على المرحلة الأولى فحسب فيعفى الإدارة من التزامها بتنفيذ مقتضيات الحكم بشأنها . أما المرحلة الثانية لا أثر له بالنسبة لها فتظل الإدارة ملتزمة بتنفيذ مايستوجبه الحكم بخصوصها فلا تتعامل مع القرار الملغى مستقبلا وكأنه اجراء غير مشروع . حالئذ يكون تصرفها خارجا عن نطاق الإستحالة ، وتعد الغرامة لذلك سبيلا لإجبارها على اعمال مقتضى الحكم مستقبلا عند الإقتضاء [٢] .

وبالنسبة للقيد الثانى الذى يرد على سلطة المشرع فى اجراء التصحيح فمؤداه ألا يأتيه المشرع مدفوعا برغبة ذاتية أو هوى شخصى ، وإنما يجب أن يستهدف به الصالح العام [٣] . وهذا القيد إن كان فى رأى البعض واسعا يصعب ضبطه ، ولايسهل تحديده ، مما يغرى المشرع باتخاذه سبيلا للنيل من الأحكام وحجيتها تحت سمع القانون وبصره ، فإن مايمكن الرد به على ذلك أن المجلس الدستورى قد وضع معايير ضابطة لإعماله ، تتمثل فى ضرورة كفالة السير المنظم للمرفق العام ، أو الحفاظ على المراكز المكتسبة بحكم القرار الملغى ، تلك التى يترتب على عدم استقرارها آثار يصعب تداركها [٤] . والمجلس بعد ذلك يحكم رقابته على قوانين التصحيح للوقوف على مدى تطبيق هذه المعايير حتى لايفضى ذلك إلى النيل من حجية الأحكام ، والحيلولة دون تنفيذها بإعفاء الإدارة من التزامها بعمل مقتضاها [٥] .

---

(١) C.C. 25 janvier 1995. R.F.D. Ad. 1995.p. 790. Note: Mathieu.

(٢) PEROT (D.): Validation legislative et acte administratif unilatéraux. R.D.P. 1983. P. 983.

(٣) FAVOREU (L.): et autre: les grandes décisions du conseil constitutionel. Paris. Dalloz. 9e edition. 1997. P. 423.

(٤) C.C. 9 avril 1996. A.J. 1996. P 369. Ch: Schrameck.

(٥) C.E. 28 decembre 1995 A.J. 1996. P 369. Ch. Schramuck.

(٢) وقف تنفيذ الحكم :

٧٠ – يوقف تنفيذ الحكم فى حالتين : إحداهما تعد تطبيقا لقاعدة الأثر الموقف للطعن effet suspensif ، والأخرى بحكم من محكمة الطعن بناء على طلب ذى الشأن (١) . فى كلتا الحالتين تتحلل الإدارة من التزامها بالتنفيذ ، ويكون من المستحيل حدوثه إما إعمالا للمبدأ الأول ، أو تطبيقا لحكم قضائى .

فبالنسبة للوقف المترتب على الطعن ، يكون محدود الأثر فى نطاق الأحكام الإدارية ، على خلاف الحال فى الأحكام العادية . إذ الأصل بالنسبة لهذه الأخيرة أنها لاتقبل التنفيذ إلا بعد استئنافها ، اعتدادا بالأثر الموقف للطعن عملا بالمادة ٥٣٩ من تقنين المرافعات الجديد . أما فيما يتعلق بالأحكام الإدارية الأصل أن الطعن ليس له أثر موقف للتنفيذ (٢) . إذ لايكون له اثره الموقف إلا فى حالات نادرة مثلها الطعن فى الأحكام التأديبية ، أو الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية بشأن الطعون المتعلقة بالإنتخابات المحلية (٣) . وفى غير تلك الحالات لايترتب على الطعن سواء بالإستئناف أو بالنقض هذا الأثر، وتظل الإدارة رغم قابلية الحكم للطعن ، أو الطعن فيه فعلا ، ملزمة بتنفيذه مجبرة عليه حال امتناعها بالغرامة التهديدية .

وأما عن وقف التنفيذ بحكم من محكمة الطعن ، فإنه ينطبق عليه ذات وضع وقف تنفيذ القرارات الإدارية على الأقل من حيث شروط اعماله . إذ ينبغى لحدوثه توافر نوعين من الشروط : شروط اجرائية ، وأخرى موضوعية . فمن ناحية الشروط الشكلية لاتعنى أكثر من وحدة الصحيفة ، بمعنى أنه يجب تقديم طلب الغاء الحكم أو تعديله مع طلب وقف تنفيذه فى صحيفة واحدة ، إذ لايجوز أن يستقل طلب وقف التنفيذ بصحيفة غير صحيفة

---

(١) PHILIP. (L.): le suris á l'execution des décisions des juridiction administratives. D. 1965. P. 219.

(٢) RIVERO (J.): et WHLINE (J.): op. cit. P. 197.
VEDEL (G.): et DELVOLVE(P.): OP. CIT. P. 715.

(٣) CHAPUS (R.): op. cit. P. 648 – 649.

الطعن ، وإنما يجب أن يكون الإتئان فـــي صحيفــة واحــدة [١] ، ويبــدو أن هدايرجع إلى خطورة وقف تنفيذ الحكم وما يمثله من نيل من حجيـــة الحكــم ، ومساس بما يتمتع به من قوة تنفيذية . ولعل تلك الخطورة اقتضت حتى يبسـط قاضي الطعن رقابته عليه ، ويحيط بمختلف جوانب موضوع الطعن والتنفيذ أن يقترن الإتئان ، فيبصرهما معا بما لكل منهما من تأثير على الآخر ، فيتثبـت القاضي من خلال اجتماعهما من أن طلب وقف التنفيذ ليس بقصد اعاقة الحكـم، أو تعطيل تنفيذه بغير مقتضى . أما من ناحية الشروط الموضوعيـــة ، فإنــه يتطلب من جهة ضرورة أن يترتب على تنفيذ الحكم نتائج يتعـــذر تداركـــها إذا قضت محكمة الطعن بإلغاء الحكم [٢] ، ويستلزم من جهة أخرى وجود أســـباب جدية فيما استند اليه ذو الشأن يترجح معها الغاء الحكم المطعون فيه [٣] .

ومن الجدير بالإشارة إن استحالة التنفيذ ، وفقا لتلك الحالة ، لاتقتصـــر على الفترة التى سبقت صدور الحكم المطعون فيه فحسب ، وإنما تمتـــد أيضـــا إلى تلك اللاحقة له على خلاف الحالة السابقة . هدا إلى أنها حالة عارضة غـير دائمة، اذ تظل قائمة طيلة مدة قابلية الحكم للطعن ، وتتحدد نهايتها بأحد أمريـن: إما نفاذ مدة الطعن التى بفواتها دون اجرائه يصبح الحكم نهائيا ، ويكون واجـب التنفيذ ، وإما بصدور حكم نهائى من محكمة الطعن بإلغاء الحكم المطعون فيه، حالئذ تتحلل الإدارة من تنفيذه ، أو بتأييد هذا الحكم . وهنا تعود للحكـــم قوتـــه التنفيذية ، ويصير واجب التنفيذ ، وبذلك يكون عدم تنفيذه مبررا لطلب الحكـــم بغرامة تهديدية للقضاء على ممانعة الإدارة أو عنتها فى التنفيذ .

(٣) الغـــاء الحكـــم من محكمة الطعن :

٧١ – إن هـــذه الحالة من البداهة بحيث لاتستأهل أن يطول المكث فيها،

---

(١) C.E. 29 janvier 1986. Rodia. Rec. p. 22. R.F.D. Ad. 1986. Concl: Dutheillet de lamothe.

(٢) C.E. 28 juin 1988. Ministre du budget c/ contamin. Rec. p. 957.

(٣) C.E 26 février1982. Dme Marcante. Rec: p. 91

اذ بالإلغاء ينعدم الإلتزام بالتنفيذ ، ويثور طلب الغرامة التهديدية للإجبار علـى تنفيذه لامحل له لأنه يرد على معدوم على نحو يقتضى رفضه [1] .

وتطبيقا لذلك رفض مجلس الدولة طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ حكم الغى فى الإستئناف . فى دعوى تتلخص وقائعها فـى أن ذا الشأن اقام طعنا أمام المحكمة الإدارية فى القرار الصادر بفصله ، وقضـت المحكمة فعلا بإلغاء هذا القرار ، فما كان من الإدارة إلا اقامت طعنـا عليـه بالإستئناف ، قضى فيه بإلغاء الحكم . فى هذه الأثناء تقدم الطاعن بطلب أمـام مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيـذ حكـم الإلغـاء الصادر من محكمة أول درجة • ولكن المجلس رفض الطلب تأسيسا على أنـه لاحق للطاعن فى أن يجبر الإدارة على تنفيذ حكم لاوجه لتنفيذه نظرا لانتـهاء وجوده بحكم الإستئناف [2] .

وتكشف هذه الحالة عن اتجاه مجلس الدولة فى التفرقـة فـى أحكامـه المتعلقة بطلبات الغرامة التهديدية بين الحكم برفض الطلب ، والحكم بألا محـل له . إذ فيصل التفرقة على نحو مايبدو من أحكامه ، أن الحكـم بـألا محـل لايصدر إلا حالة تنفيذ الحكم فحسب • أما غير ذلك من الحالات يكون الحكـم هو الرفض مالم تتوافر بالطبع حالة من حالات قبوله . ولأن الحالة التى بيـن أيدينا لاتتصل بالتنفيذ ، وإنما هى حالة من حالات استحالة حدوثـه باعتبـاره سيرد على معدوم ، لذا كان حكم المجلس بشأنها هو الرفض لا الحكـم بـألا محل للطلب .

ثانيا : الإستحالة الواقعية للتنفيذ :

٧٢ – استحالـة تنفيذ الحكم هنا ترجع إلى حدث أو واقعة خارجـة عن

---

(١) C.E. 27novembre1985. Ginder . Rec. p. 738.

(٢) C.E. 23 juin 1995. Khelifa. J.C.A. 1997. P. 30.

C.E. 25 octobre 1995. Mme Plissonnier. J.C.A. 1997.

C.E. 3juillet 1993 P 30 M Bertin J.C.A 1997 P. 30

نطاق الحكم . فهى بمثابة عارض يقطع الإتصال بين الحكم وبين تنفيذه ، أما أن يرجع إلى شخص أو يعود إلى ظروف عاصرت صدوره حالت دون تنفيذه. والأولى لطبيعتها يمكن أن نطلق عليها الإستحالة الشخصية . والأخرى لذاتية ماتتصف به يمكن أن تسمى بالإستحالة الظرفية .

(١) الإستحالة الشخصية :

٧٣ – تواجه تلك الحالة استحالة تنفيذ الحكم الراجعة أساسا الى المحكوم لصالحه ، وهذا ليس معناه أنه بفعله أحال التنفيذ الى إجراء مستحيل ، وإنما يعنى أن ظروفا تتعلق به أفضت إلى استحالة تنفيذ الحكم (١) . والمثل البارز فى قضاء مجلس الدولة فى هذا الشأن هو بلوغ الموظف المحكوم بإلغاء فصله سن المعاش ، فتنفيذ هذا الحكم يعد اجراء مستحيلا ، مما يقتضى رفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذه بإعادته إلى وظيفته (٢) .

ومن وجهة أخرى قضى مجلس الدولة برفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ حكم لمحكمة باريس الإدارية الصادر بشأن قرار وزير الداخلية بإسناد بعض الوظائف الإدارية لأحد مفتشى البوليس ، وذلك على اعتبار أن هذا الأخير قد بلغ السن القانونية للتقاعد ، مما ينبئ أن اسناد تلك الوظائف اليه كمقتضى لتنفيذ حكم المحكمة الإدارية يعد اجراء مستحيلا ، مما يقتضى اعتبار طلبه بالحكم بالغرامة لحمل الإدارة على التنفيذ غير مقبول (٣) .

(٢) الإستحالة الظرفية :

٧٤ – قد يكون مرد تلك الإستحالة إلى ظروف غير عادية أجدر بالرعاية لايكون أمام الإدارة مناص من ايثارها على تنفيذ الحكم .أو مرجعها

---

(١) GABOLDE (ch.):procedure des Tribunaux administratif et des cours administratives d'appel. Paris. Dalloz. 5e edition. 1991. P. 410.

(٢) C.E. 27 mars 1987. Mme Laulaney. R.D.P. 1987. P. 1388.

(٣) C.E. 6 mai 1988 Bellot. Rec: p. 884 G.P. 1988. P. 148.

سبب أجنبى لم تستطع دفعه حال بينها وبين تنفيذه . او يتعلق لأمر بحكم وقف تنفيذ قرار بلغ تنفيذه منتهاه

أما عن استحالة التنفيذ لتهديده للنظام العام : فالقضاء مستقر على أنه حين يترتب على تنفيذ الحكم إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنة أو تعطيل سير مرفق عام ، أو تهديد للنظام ، فيرجح حالئذ الصالح العام على الصالح الفردى الخاص [1] [2] . وهذا يكون من اثره استحالة التنفيذ ، ورفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة عليه [3] . كما قضى مجلس الدولة بعدم قبول طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الإدارية بإلغاء قرار طرد أحد الرعايا الجزائريين المقيمين

---

(١) المحكمة الإدارية العليا : ٢٣ ديسمبر ١٩٦١ الطعن رقيم ٢٢٤ لسنة ٤٥ القضائية . الموسوعة الإدارية الحديثة . الطبعة الأولى١٩٨٦ - ١٩٨٧. الجزء الرابع عشر . ص : ٤٩٣.
المحكمة الإدارية العليا : ١٠ يناير ١٩٥٩ . الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٣ القضائية. مجموعة السنة الرابعة . ص : ٥٣٣.

(٢) وإذا كان عدم التنفيذ هنا لتلك الظروف يلزم الإدارة بتعويض المحكوم لصالحه على أساس المخاطر لا الخطأ باعتبار أنها لم ترتكب خطأ ، إذ هى مدفوعة إلى عدم التنفيذ بحكم الظروف القاهرة التى تقضى بها اليه مما ينفى عن تصرفها شائبة الخطأ ، نقول إذا كان ذلك كذلك فإن جانبا من الفقهاء يرى أن التعويض هنا لايتقرر على اساس المخاطر ، وإنما على أساس الخطأ ولكنه على نحو مايقول ... خطأ من نوع خاص ، وذلك لأن التزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية هو التزام يسمو على اعتبارات الصالح العام لكونه هو فى ذاته يعد تعبيرا على الصالح العام . وبالتالى فإن واجب الإدارة الأول هو تنفيذ الأحكام ، وعدم تنفيذها على أى نحو يمثل ركن الخطأ الموجب للتعويض بتوافر عناصره الأخرى ، فإذا ما اصدرت الإدارة قرارها بهدف تعويق حجية الشئ المقضى به تحت أى اعتبار فإن الخطأ يستفحل ويزداد جسامة " .
حمدى ياسين عكاشة : الأحكام الإدارية فى قضاء مجلس الدولة المرجع السابق . ص ٤١٠

(٣) C.E 4 novembre 1994 El Abed El Slaoui. Rec p. 493

على الأراضى الفرنسية بسبب استحالة تنفيذ هذا الحكم نظرا لما يمثله وجــوده بفرنسا من تهديد للنظام العام [١] .

أما عن الإستحالة التى لاتعزى إلى خطأ الإدارة ، وإنما إلى سبب أجنبـى جرى رغم تحوطها بشكل استحال معه تنفيذ مقتضى الحكم [٢] . ولو شئنا مثــلا على ذلك نمثل بفقد الإدارة لبعض الوثائق الإدارية قضى حكم المحكمة الإداريـة بالغاء قرار الإمتناع عن تسليمها الى ذى الشأن . ولكن لم تستطع الإدارة تنفيـذ هذا الحكم لأن الوثائق المطلوبة فقدت رغم ثبوت اتخاذها لكافـــة الإحتياطـــات الممكنة للحيلولة دون ذلك ، وإذا كان المحكوم لصالحه قد طلب الحكم بغرامــة تهديدية ضدها لإجبارها على تسليمه الوثائق المطلوبة تنفيذا لحكم الإلغـــــاء ، فإن مجلس الدولة رفض الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة علــــى أن تقــدم لصاحب الشأن الوثائق المفقودة لإستحالة حدوثه [٣] .

وأخيرا فى بعض الحالات يمكن أن يكون سبب **استحالة التنفيذ تمامـــه واقعيا** . ويحدث هذا على وجه الخصوص فى حالة طلب الحكم بغرامة تهديديـة للإجبار على تنفيذ حكم بوقف تنفيذ قرار ادارى ، ويكون هذا الأخير من ناحيــة الواقع قد نفذ فعلا . كأن يطلب ذو الشأن من مجلس الدولة توقيع غرامة تهديدية على الإدارة لإجبارها على تنفيذ حكم بوقف تنفيذ قرارها بمنح رخصـــــة بنـــاء عقار معين . ولكن تبين أن أعمال البناء قد انتهت وتم تشييد المبنى تمامـــا [٤] . فى هذه الحالة يرد الوقف على معدوم ، إذ بتمام الأعمال المرخــــص بإقامتــها يكون من المستحيل تنفيذ حكم الوقف ويكون طلب الغرامة التهديدية مرفوضـــــا بالتبعية [٥].

---

(١) C.E. 15 janvier 1996, Guedili et autres. Rec: p. 1112.

(٢) C.E. 25 novembre 1988. Coz. R.D. Ad. 1989. No:1.

(٣) C.E. 24 janvier 1993. Dubois. J.C.A. 1997. P. 31.

(٤) C.E. 29 décembre 1993. M.Pennelle. J.C.A. 1997. P. 31

(٥) C.E 19 février1996. Mme: Goyon. J.C.A. 1997. P 31.

المطلب الثانى

الشروط المتعلقة بالإخلال بتنفيذ الحكم الإدارى

تمهيد وتقسيم :

٧٥ - أن ثمة حالات للإخلال بالتنفيذ ، تعكس شروط إحداث أثره فى الحكم بالغرامة التهديدية . تأخذ حينا شكل الإمتناع الإرادى عن التنفيذ . سواء تمثل هذا الإمتناع فى قرار صريح صدر حاملا مضمونه ، أو أدرك من طول صمت الإدارة عن اتخاذ أى اجراء ينم عن رغبتها فى التنفيذ ، أو من اتخاذها لموقف يدل دلالة واضحة لتعارضه مع منطوق الحكم برفضها للتنفيذ ، مما يمثل قرارا ضمنيا بالإمتناع عنه أيضا [١] . ويتجلى حينا آخر فى الإهمال فى التنفيذ أو التنفيذ المعيب للحكم . هى هنا لاتتنكر للحكم ، ولا تجحده أو تتأبى على تنفيذه ، وإنما على العكس تقوم راغبة فى إجرائه ، ولكن الخطى التى تسلكها فى شأنه ، والسبل التى تتبعها ، تؤكد أنها لن تنفذه على النحو المقتضى قانونا. إذ تجريه تارة ناقصا أو جزئيا ، وشرط لصحته أن يكون كاملا ، أو تلعب تارة أخرى على حبائل المهل والتسويف فتأتيه بعد حين متأخرا ، وشرط لسلامته أن يتم خلال مدة معقولة .

إذن فى إطار هاتين الحالتين تتعدد صور الإخلال بالتنفيذ ، وتتنوع أشكاله ، ويتوجب توافر شروط لتكون جميعا مناطا للحكم بالغرامة التهديدية ،

---

(١) فى حكم ظاهر الدلالة على ما أوردناه بالمتن قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه ... وقد استقر القضاء الإدارى منذ انشائه على أن امتناع المحكوم ضده الإرادى العمدى عن تنفيذ الحكم قد يتضمن قرارا صريحا أو ضمنيا بالإمتناع عن تنفيذ الحكم مما يجوز طلب الغائه ووقف تنفيذه ، كما يجوز طلب التعويض عنه ، فهى كلها أدوات قررها القانون لإجبار المحكوم ضده على التنفيذ .
- المحكمة الإدارية العليا : ٢٥ مارس ١٩٨٩. الطعن رقم ١١٧٢ لسنة ٣٥ القضائية . مجموعة السنة الرابعة والثلاثين . الجزء الثانى . ص : ٧٨٦.
- المحكمة الإدارية العليا : ٢٦ مارس ١٩٨٨ الطعن رقم ٢٩٤٥ لسنة ٣١ القضائية مجموعة السنة الثالثة والثلاثين الجزء الثانى ص ١٢١١

ورغبة فى أن نجمع شتاتها بشكل يمكن من يسر البحث فيها ، فإنه يمكن حصرها تحت هاتين الحالتين : الإمتناع الإرادى عن التنفيذ ، والتنفيذ المعيب للحكم .

الفرع الأول

الإمتناع الإرادى عن تنفيذ الحكم الإدارى

تمهيد :

٧٦ - لايعنى الإمتناع الإرادى عن التنفيذ مجرد رفض الإدارة تنفيذ الحكم ، وإنما هو يعكس اصرارا وتصميما على عدم تنفيذه . وهذا القصد الآثم يصم تصرفها بعدم المشروعية لامحالة ، ولايدرء عنها الجزاء التذرع بأنها قد استهدفت بالإمتناع المقصود تحقيق مصلحة عامة ، أو على الأقل لم تكن مدفوعة بشأنه بدوافع شخصية توقع بها فى حومة مخالفة القانون . فذاك الزعم لايمكن أن يكون مسوغا لعدم تنفيذ الحكم ، أو مبررا لها لانتهاك ماله من حجية . بل،وعلى فرض صحته ، فإنه يمكن دفعه بأن تحقيق المصلحة العامة لايمكن أن يكون سبيله النيل من حجية الأحكام ، كما لايمكن تحقيق المصالح باتباع السبل غير المشروعة ، إذ أن نيل الغاية لايبرر مطلقا عدم مشروعية الوسيلة [1] .

ومهما يكن من أمر تلك المسألة ، فإن للإمتناع المقصود عن التنفيذ صورتين ، فيصل التفرقة بينهما طريقة التعبير عنه : الإمتناع الصريح ، والإمتناع الضمنى بتعدد مظاهره . لنرى نطاق وأثر كل منهما على الحكم بالغرامة .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : ٣٠ مايو ١٩٥٢. الدعوى رقم ٣٤٥ لسنة ٥ القضائية. مجموعة السنة السادسة . ص : ٩٠٥.

محكمة القضاء الإدارى : ٢٩ يونيه ١٩٥٠. الدعوى رقم ٨٨ لسنة ٣ القضائية. مجموعة السنة الرابعة . ص : ٩٥٦ .

أولا : الإمتناع الصريح عن التنفيذ

٧٧ - يتجسد امتناع الإدارة هنـ فى صدور قرار صريح يحمل رفـض تنفيذ الحكم . ولوضوح دلالة هدا القرار على معناه ، تمثل تلك الحالة الجـرم المشهود الذى تقترفه الإدارة فى نطاق تنفيذ الأحكام الإدارية فهى لاتدع مجـالا للشك فى عصيانها للحكم ، ومجاهرتها بالخروج عليه . ولذا نادرا مـا تلجـأ الإدارة إلى ذلك السبيل لتعبر عن ارادتها فى عدم التنفيذ ، لاسيما بعد صـدور قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ بشأن الغرامة التهديدية ، وما استتبعه ذلك من صـدور أوامر رئيس الوزراء إلى جميع الجهات الإدارية من خلال أعضاء حكومتـه ، بضرورة احترام أحكام القاضى الإدارى والعمل على تنفيذهـا بشـكل فعـال وسريـع [١] .

ولكن رغم ندرة الحادثات التى جرت تطبيقا لتلك الحالة ، ومانجم عنـها من قلة الأحكام فى شأنها ، يمكن القول بأن هناك عددا من الشـروط تسـتلفت النظر من خلال منطوقها ، تعكس نظام انطباقها ، وتبين عن آليـة اعمالـها ، لازم توافرها حتى يترتب على القصد أثره ويستوجب الحكم بالغرامة هى :

(١) ألا توجد قوة قاهرة أو حدث فجائى يفضى إلى الإمتناع عن التنفيذ :

٧٨ - لئن كان الرأى الغالب على أن القوة القاهرة والحـدث الفجـائى شيئا واحدا [٢]، فإن هذا المعنى ينصرف إلى كل ظرف استثنائى شاذ يتصـف من حيث مصدره بأنه من فعل الطبيعة أو خطأ إنسانى . ويتمـيز مـن ناحيـة طبيعته بعدم القدرة على توقعه ، وعدم الإستطاعة حال وقوعه علـى دفعـه . وإذا كان هذا الحدث يستقر كأصل عام على نظرية الضرورة القاسم المشـترك لكل ظرف استثنائى يفضى إلى تحلل الإدارة من التزامـها بتنفيـذ الأحكـام . ويبرر صراحة امتناعها عن اجرائه ، فإنه يستقر فى ترتيب هذا الأثـر علـى

---

(١) J.C.P 1988 - 3 - 2008

(٢) أ.د. توفيق فرج : دروس فى النظرية العامة للإلتزام اسـكندرية مؤسسـة الثقافة الجامعية ١٩٨٠ الجزء الأول (مصادر الإلتزام) ص ٢٨٤-٢٨٥

قانون الغرامة التهديدية ذاته . فالمادة الرابعة منه تحول دون تصفية الغرامة التهديدية المحكوم بها اذا ثبت للقاضى أن عدم تنفيذ الحكم كان راجعا إلى قوة قاهرة أو حدث فجائى ، بما مفاده أن هذا الحدث لايحول دون تصريح الإدارة بامتناعها عن التنفيذ [١]. ولعل هذا مايدلل عليه المفوض Pauté فى تقريره القيم فى قضية السيدة Menneret أن قانون الغرامة قد أعطى لمجلس الدولة امكانية الغاء الغرامة التهديدية حال تصفيتها ، إذا تحقق لديه توافر ظرف غير عادى أو ضرورة أفضت إلى رفض الإدارة تنفيذ الحكم الصادر فى مواجهتها[٢] . ذلك أنه بوقوع هذا الحدث ينتفى عن امتناع الإدارة ركن القصد ، وتختفى معه الإرادة الواعية التى تبصر من خلالها حقيقة ماتقدم عليه من تصرف ، ويسوقها الظرف غير العادى ، ويدفعها دفعا إلى حومة انتهاك الحجية . ولعل هذا ماعبرت عنه محكمة القضاء الإدارى فى أوليات أحكامها بقولها يشترط الا يكون للإمتناع أو للتأخير فى التنفيذ مايبرره من قوة قاهرة كوفاة رئيس الجمهورية التى تؤدى إلى تعطيل صدور القرار الجمهورى اللازم لتنفيذ الحكم [٣] .

(٢) ألا يكون قد حدث تغيير فى المركز القانونى أو الواقعى للمحكوم لصالحه:

٧٩ - يحدث فى بعض الحالات لاسيما فى منازعات الأجانب أن يحدث تغيير فى مركز الطاعن فى الفترة البينية من اقامة طعنه إلى صدور الحكم أو تلك اللاحقة له والسابقة على التنفيذ ، فيفضى إلى إعاقة الإدارة صراحة عن إجرائه [٤] . والحق أن القضاء هنا هو الذى يبرر للإدارة هذا الإمتناع حين

---

(١) BON (P.) : un progrés de L'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matiére administrative et á L'exécution des jugements par la puissance publique . R.D.P. 1981. P. 5.

(٢) PAUT (J.M) : Conclusions sur C.E 17 mai 1985 – Mme Menneret. R.F.D. Ad. 1985. P.482.

(٣) محكمة القضاء الإدارى : ٩ ابريل ١٩٧٣. الدعويان رقما ١٠٣، ١٤١٩ لسنة ٢٥ القضائية . مجموعة السنة السابعة والعشرون . ص : ٢١٢.

(٤) == Rapport public 1996 sur le principp d'égalité. E.D.C.E. No:

إجرائه (١) . والحق أن القضاء هنا هو الذى يبرر للإدارة هذا الإمتناع حيث يقرن حكمه كما فعلت محكمة باريس الإدارية حال العب قرار مدير بوليس باريس بطرد الطاعن واقتياده إلى الحدود ، فقد وجهت أمرا إلى الإدارة بتسليمه ترخيص الإقامة كأثر لإلغاء القرار بشرط ألا يكون قد وقع منه سابين صدور قرار الطرد وحكم الإلغاء مايستوجب الرفض صراحة (٢) . كما قضى بأن حكم الغاء قرار رفض تسليم أحد المجرمين بناء على طلب أحد الدول الأجنبية أن لايحظر على الإدارة رفض التسليم مرة أخرى إذا حدث تغيير فى الظروف القانونية أو الواقعية تقتضى الرفض صراحة (٣) . ولقد عرضنا فى شأن ذلك لعديد من الأمثلة مما لاتعن الحاجة معه للإستشهاد بها مرة أخرى .

(٣) ألا تكون الإدارة قد بدأت التنفيذ قبل الحكم بالغرامة :

٨٠ - لاتثريب على الإدارة إذا امتنعت صراحة عن التنفيذ ، ثم عدلت عن ذلك واتخذت الخطوات اللازمة لحدوثه بعد تقدم المحكوم لصالحه بطلب الحكم بغرامة تهديدية لحملها عليه . فهذا العدول يشفع لها فى الا تخضع للتهديد المالى (٤) . ولا يتطلب مجلس الدولة تمام التنفيذ حتى لايؤتى الإمتناع أثره فى الحكم بالغرامة . وإنما يكتفى أن يتخذ من الإجراءات مايعكس رغبتها الجادة فى التنفيذ (٥) ، ويخضع تقدير مدى جديتها لقاضى الغرامة ، وهذا يعكس نظرة مجلس الدولة للغرامة التهديدية بأنها ليست جزاءً عن حرق حدث لازم

== 48. P. 352.

(٢) TA. Paris 10 novembre 1995. Goumeziane. R.F.D. Ad 1996. P. 352.

C.E 4 juillet 1997 Leveau. Rec. p. 282.

C.E. 4 juillet 1997. Epoux Bourojak. Rec: p. 278.

(٣) C.E. 29 juillet 1994. Saniman. Rec: p. 367.

(٤) C.E. 15 novembre 1985 proust. R.D.P. 1986. P 1185.

C.E. 13 juin 1984 Association. S.O.S. Defense: Lombard R.D.P. 1985 Note Drago.

(٥) C.E 10 février 1984. Mlle Singer Rec p 712

إيقاعه نمجر. حدوثه . وإنما هى سبيل لتحقيق غاية متى تبدت دلائـل تحقيقـها فلا حاجة للإلتجاء اليها . ولذلك اعتبر مجلس الدولة مجرد اتخـاذ جامعـة رن اجراءات توفير المعامل والإمكانيات الإدارية والمالية للطاعن بمثابة تنفيذ لحكـم محكمة رن الإدارية بإلغاء رفض رئيس الجامعة ذلك ، وعدولا عـن امتناعـه عن تنفيذ هذا الحكم يستوجب رفض الحكم بالغرامة التهديدية ضد الجامعـة (١) .
بل يكفى فى بعض الحالات مجرد أن تعلن الإدارة عن نيتها فى التنفيذ شـريطة أن تتخذ موقفا له دلالته الواضحة على ذلك . ألغت محكمة Saint – Denis de la Réunion الإدارية قرارا لعمدة Saint – Marie de la Réunion بفصـل السيدة Céliane ولكن رفض العمدة إعادتها إلى وظيفتها كمقتضى لتنفيـذ هـذا الحكم ، مما اضطرها إلى طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجباره علـى التنفيـذ ، وعلى اثر ذلك أرسل اليها خطابا يطلب حضورها إلى مقـر العمديـة لاتخـاذ اجراءات إعادتها إلى ذات وظيفتها ، غير أنها لم تكترث بذلـك ، ممـا دعـا مجلس الدولة إلى رفض طلبها معلنا أنه من خلال تلك الظروف تبيـن أن إرادة الإقليم كانت واضحة فى تنفيذ الحكم مما لايكون معه محل لقبول طلب الحكـم بغرامة تهديدية ضده (٢) .

والحق أننا لانؤيد مذهب مجلس الدولة على الإطلاق، إذ ليـس بمجـرد اعلان الرغبة فى التنفيذ يتحقق التنفيذ ، وإنما كان لزاما أن ينتظر لإثبات حسن النوايا بإجراء التنفيذ فعلا ، أو اتخاذ خطوات ايجابية فى شأنه ، لثبوت صـدق رغبة الإدارة من عدمه ؛ حتى لايكون إظهار الرغبة فى التنفيذ حيلة تتفادى بها الحكم بغرامة تهديدية عليها ، تعود بعدها لتماطل فى التنفيذ أو تعلـن الإمتنـاع صراحة من جديد عنه . وهذا على خلاف الوضـع بشـأن اتخـاذ الخطـوات الإيجابية لإجرائه ، إذ يتجاوز الأمر بصددها مجرد اعـلان حسـن النوايـا ، لينتقل الى حيز التنفيذ الفعلى ببدء اجراءاته القانونية . مثل ذلك مـاقضت بـه

---

(١) C.E. 31 octobre 1984, Melki. R.D.P. 1985. Note: Drago.

(٢) C.E. 8avril 1994. Mme Céliane Balazi. J.C A. 1997. P 32

C.E. 28 mai 1986. Sté Notre – Dame des Fleurs. Rec P 151

محكمة Clermont الإدارية التى ألغت قرارا لإحدى اللجان النقابية لأحد أقسام الإقليم ببيع قطعة أرض تابعة له ، ولكن المجلس البلدى لم يعبأ بالحكم ، وأعلن رفضه الإنصياع له بتصديقه على قرار البيع . وعلى اثر تقديم طلب للحكم بغرامة تهديدية ضد الإقليم لإجباره على التنفيذ ، عدل المجلس البلدى وبدأ فى اتخاذ اجراءات ودية مع المشترى لم تفلح ، فاضطر إلى اتخاذ الإجراءات القضائية برفع دعوى مدنية أمام محكمة Riom الإبتدائية للفصل فى الغاء البيع، واتخاذ هذه الإجراءات يقطع بأن التنفيذ تعدى مرحلة النوايا ودخل فى طوره الفعلى . وهذا دفع مجلس الدولة إلى رفض طلب الحكم بالغرامة التهديدية ضد الإقليم (١) .

ثانيا : الإمتناع الضمنى عن التنفيذ :

٨١ - قد تواجه الإدارة تنفيذ الحكم بالصمت ، تلوذ به حينا بشكل يتأكد منه رفضها القيام به ، وقد تجابهه بقرار أو إجراء مضاد يشف عن رغبتها المتعمدة فى عدم اجرائه . فى كلتا الحالتين يتجسد امتناعها الضمنى عنه .

(١) الإمتناع الضمنى بتجاهل الحكم :

٨٢ - حال أن تواجه الإدارة الحكم بالسكوت أو الصمت لمدة اربعة أشهر ، فإن هذا يمثل قرارا ضمنيا بالإمتناع عن التنفيذ ، يستلزم مواجهته بأمرين : إقامة دعوى بإلغاء هذا القرار خلال شهرين من اعلانه ، وطلب الحكم بغرامة تهديدية للإجبار على التنفيذ . فإذا مضت هذه المدة دون أن يقيم المحكوم لصالحه دعوى الإلغاء فإن هذا معناه أن قرار الرفض يصير نهائيا مما لايعطيه الحق فى تقديم طلب الحكم بالغرامة ، على اعتبار أن نهائية الرفض تحول دون قبوله . وتلك مسالة سنعود اليها لاحقا . والحق أن لواذ الإدارة بالصمت ، وارتكانها إلى السكوت فى مواجهة الحكم يعد أشهر أسلحتها فى مقاومة التنفيذ ، إذ فى الغالب تجد فيه وسيلة آمنة من لوم الرأى العام . ولعل مايؤكد ذلك أن غالبية حالات الإمتناع الإدارى عن التنفيذ تعد من هذا القبيل .

---

(١) C.E 27 juillet 1990 M. Samper R.D.P 1991 Note . oberdorff.

بل إن أول حكم لمجلس الدولة قضى فيه بغرامة تهديدية كان فى شأن امتناع المجلس البلدى لإقليم Maisounais – sur Tirdoire صمتا عن أن يتخذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم محكمة ليموج الإدارية بإلغاء قراره الذى رخص للعمدة باتخاذ مايلزم نحو عدم تسجيل اسم السيد سيمون على النصب التذكارى للإقليم بشأن أولئك الذين ماتوا من أجل فرنسا . ولقد ظل المجلس البلدى صامتا لم يتخذ أى اجراء لتنفيذ هذا الحكم، وتسجيل اسم السيد سيمون باعتباره (مات من أجل فرنسا) مما اضطر مجلس الدولة بناء على طلب ابنته إلى الحكم بغرامة تهديدية ٢٠٠ فرنك يوميا إذا لم يتم تنفيذ حكم محكمة ليموج الإدارية خلال شهرين من اعلان المجلس البلدى بهذا الحكم وحتى تاريخ تنفيذه [١] . مرة أخرى يمتنع اقليم Guadeloupe صمتا عن تنفيذ حكم محكمة Basse-Terre بإلغاء قرار مدير الإقليم بفصل رئيس الشئون الإقتصادية والمالية والميزانية للإقليم . وقد اعتبر مجلس الدولة أن عدم اتخاذ الإجراءات التى تقتضيه تنفيذ الحكم بإعادة المحكوم له إلى ذات وظيفته أو أخرى معادلة لها مع تسوية حالته امتناعا عن تنفيذ الحكم يستوجب الحكم بغرامة تهديدية ١٥٠٠ فرنك يوميا إذا لم يتخذ هذه الإجراءات خلال ثلاثة اشهر من اعلان هذا الحكم على أن يبدأ سريانها من اليوم الأول للشهر الرابع وتستمر حتى تمام التنفيذ [٢].

ومرة ثالثة فى ٥ مارس ١٩٨٦ الغت محكمة بواتيه الإدارية قرارا للعمدة بفصل السيدة Bechet من عملها ، وعقب صدور الحكم اجتمع المجلس البلدى ، ولكنه لم يتعرض من قريب أو بعيد لهذا الحكم ، واستمر المجلس معرضا عنه لمدة طويلة اضطرت معها المحكوم لها بالتقدم بطلب الى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية لإلزام ادارة الإقليم بالتنفيذ . وأمام تلك الظروف قضى المجلس بالفعل بغرامة تهديدية ٣٠٠ فرنك يوميا ضد الإقليم إذا لم يتم تنفيذ حكم الغاء الفصل خلال شهرين من اعلان هذا الحكم تبدأ من اليوم الأول من الشهر الثالث

---

(١) C.E 17 mai 1985. Mme Menneret Rec: p. 149. Concl. Pauti. D. 1985. P. 583- note: Auby

(٢) C.E 17 janvier 1997 M. jankly. J.C.A 1997 P 38

وحتى التنفيذ [1]. كذلك قضت محكمة روان الإدارية بإلغاء قرار ضمنى لعمدة Vernon برفض طلب السيد Gourdain باتخاذ الأعمال اللازمة لسهولة الإنتقال على أحد الطرق العامة التابعة للإقليم والمؤدية إلى قطعة ارض يملكها، غير أن العمدة لم يعبأ بهذا الحكم ، مما اضطر المحكوم له إلى الإلتجاء إلى مجلس الدولة بطلب الحكم عليه بالتهديد المالى لحمله على التنفيذ ، وقبل المجلس هذا الطلب معللا ذلك بأنه إذا كان يناط بالعمدة بصفته سلطة عامة بالحفاظ على المال العام للإقليم ، أن يتخذ من الإجراءات الضرورية مايكفل حرية التنقل على الطرق الإقليمية . ونظرا لأنه لم يتخذ حتى تاريخ هذا الحكم أى اجراء يستلزمه أداء هذه المهمة ، ويقتضيه تنفيذ حكم محكمة روان الإدارية . فإن هذا يعد مبررا كافيا للحكم على الإقليم بغرامة تهديدية ١٠٠٠ فرنك يوميا إذا لم يتم التنفيذ خلال شهرين من اعلان هذا الحكم [1] هذا إلى أن امتناع وزير الزراعة عن إصدار القرارات اللائحية اللازمة لتنفيذ قانون ١١ يناير ١٩٨٤ بشأن الوظيفة العامة فى نطاق وزارته تنفيذا للحكم الصادر بإلغاء هذا القرار الضمنى ، أفضى بمجلس الدولة إلى الحكم على الدولة بغرامة ألف فرنك إذا لم تنفذ حكم الإلغاء وتتخذ الإجراءات اللائحية خلال ستة أشهر من اعلان هذا الحكم [2] .

ولئن كانت الأمثلة على ذلك عديدة ، مما لايخرج بمدلوله عما ذكرنا ، فإن مايجمع بينها أمران : أن رفض التنفيذ واضح جلى إن لم يكن بصريح الإجراء ، فبدلالة الحال . وأنه ممتد لايقطع امتداده إلا تدخل مجلس الدولة بالحكم بالتهديد المالى بما مفاده أنه لولا هذا الإجراء لاستمرت ممانعة الإدارة

---

(١) C.E 15 avril 1988. Mme. Bechet. Rec: p. 884.

(٢) C.E 10 janvier 1996. M.Gourdain. J.C.A. 1997. P. 38.

C.E 15 octobre 1986. Mme. Leroux. Rec: p. 231. R.F.D. Ad. 1987 P. 240. Note: Morand. Deviller.

(٣) C.E 11mars 1994. M.Soulat. Rec: p. 115. A.J. 1994. P. 388 concl: Denis – linton

إلى اجل غير معلوم [١] .

(٢) الإمتناع الضمنى بطريق القرار المضاد للحكم :

٨٣ - يمثل هذا الطريق تعارضا بين منطوق الحكم ومضمون القــرار الذى تواجه به الإدارة تنفيذه . كأن يصدر حكم بإلغاء فصل موظف ، ونظـــرا لأن تنفيذ هذا الحكم يقتضى إعادته إلى وظيفته ، وهى لاترغب فـــى ذلـك ، فتعمد الى الغاء هذه الوظيفة حتى تتخلص منه ، أو تلغـــى المحكمــة قرارهــا برفض منح الطاعن ترخيص اقامة ، فتواجه هذا الإلغاء بإصدار قــرار آخــر بطرده من البلاد . وحتى يحدث الإمتناع عن التنفيذ أثره فى الحكـــم بالغرامــة فإنه يجب ألا يكون هناك عذر من ضرورة أو تغيير فى مركز الطـــاعن قــد اضطر الإدارة إلى اتخاذ هذا الموقف ، وإنما يلزم أن تكون مدفوعة اليه برغبــة فى تحد أمر القضاء ، وامتناع دون وجه حق عن التنفيذ . ولعل هـــذا مــادفع مجلس الدولة إلى القول بأن القرار الصادر بإلغاء وظيفة للتخلص من شـــاغلها بعد الغاء قرار فصله ، لايمكن أن يعفى الإدارة مــن تنفيـذ حكـم الإلغــاء ، واتخاذ مايلزم لإعادة الموظف المفصول إلى وظيفته مع تسوية حالته ابتداء مــن تاريخ صدور قرار الفصل ، وأن القرار الذى أرسلته الإدارة إلى الموظف بأنه لايمكن إعادته إلى وظيفته ، نظرا لإلغائها بمقتضى قرار المجلس البلدى يعتبر مشوبا بعيب الإنحراف بالسلطة [٢] . وهذا بدوره ينهض مبررا لطلــب الحكــم بغرامة تهديدية لحمل الإدارة على تنفيذه [٣] . وتدليلا على ذلك ألغـــى مجلــس الدولة قرار وزير التعليم المتضمن قائمة بأولئك الكفاه الذين وقع عليهم الإختيار

---

(١) HUBAC (S) et SCHOETT (J.E): chronique générale de jurispradence administrative française. A.J. 1985. P. 401.

(٢) C.E 29 juillet 1994. M. Stradella et autre. J.C.A. 1995. P. 2.

(٣) C.E 4 nouvembre 1994. Mme Leportier. J.C.P. 1995 – 2 – 22588.

C.E 15 decembre 1993. Mme Bastien. Rec: p. 972.

C.E 14 janvier 1987. Mme Loucoin. Rec: p 5

لشغل الوظائف الإستشارية بالإدارات المدرسية والجامعية ، نظرا لأن القـــرار استبعد الطاعن بطريقة تحكمية رغم مايتميز به من كفاءة وخبرة فائقة وقد كــان تنفيذ هذا الحكم يقتضى اصدار قرار جديد بإعداد قائمة اخرى يدرج فيها اســـم المحكوم لصالحه . غير أن عدم رغبة الإدارة فى الإستعانة به ، أفضت إلـــى تجاهلها هذا الحكم ، وأعدت بالفعل قائمة جديدة للعمـــل بـــها مـــن أغســـطس ١٩٩٥. ولكنها لم تتضمن اسم المحكوم له أيضا . اعتبر مجلس الدولـــة هـــذا امتناعا ضمنيا عن تنفيذ الحكم أفضى إلى أن يقضى مجلس الدولة ، وبناء علـــى طلب المحكوم له ، بغرامة تهديدية ٥٠٠ دينار يوميا ضد الدولة حتى يتم تنفيـــذ هذا الحكم (١) .

الفرع الثانى

التنفيذ المعيب للحكم الإدارى

تمهيـــــــد :

٨٤ - تختلف تلك الحالة عن السابقة عليها فى أن الإدارة لاتمتنع عـــن التنفيذ ، ولاتتنكر له ، وإنما على العكس تتولى اتخاذ اجراءات وضـــع الحكـــم موضع التطبيق العملى . غير أنها وهى تفعل ذلك يكون فعلها معيبـــا لايتفـــق ومايبنبغى أن يكون عليه التنفيذ المقتضى قانونا . فإذا كان هذا الأخير يتوجـــب أن يتم كاملا ، فإنها تخالف ذلك وتؤديه ناقصا أو جزئيا ، وإن كان يســـتلزم أن يجرى فى مدة معقولة ، فإنها تخرج فى القيام به عـــن حـــدود المعقوليـــة الزمنية ، وتأتيه متأخرا بشكل إن لم تضيع معه الفائدة المرجوة منـــه ، فإنـــه على الأقل يوهن من أثره .

ومن هنا إذا كانت الإدارة فى الحالة السابقة قد أخلت بالتزامها بالتنفيـــذ،

---

(١) C.E 14 mai 199- Chougny. Rec p. 1022

فإنها فى تلك الحالة قد تقاعست عن أداء التزامها بالتنفيذ الحس ، أى التنفيذ الكامل المنجز .

أولا : التنفيذالجزئى للحكم :

٨٥ – لاتتعدى مهمة الإدارة تنفيذ الحكم بالشكل الذى صدر عليه ، إذ يحق لها أن تخضع ماقضى به لتقديرها ، أو تفتت بمشيئتها مضمونه ، فتختار بمحضها مايناسبها منه ، فتجرى تنفيذه ، وتترك الآخر إعراضا فلا تعمل مقتضاه . وإنما لابد أن تمتثل له كاملا مضمونا وأسبابا جوهرية وإلا عد ذلك منها افتئاتا على حجية مالم تنفذ منه ، وإنكارا لما رفضت تنفيذه مما قضى به . وهذا لاشك يعنى تدخلا فى أخص شئون القضاء ، وبغيا على مبدأ فصل السلطات الذى يحظر على أى سلطة التدخل فى عمل القضاء أو تعطيل أحكامه [١] .

ويأخذ التنفيذ الجزئى المذكور فى قضاء الغرامة التهديدية أشكالا ثلاثة:

(١) التنفيذ الناقص للحكم :

٨٦ – يقوم التنفيذ الناقص مقام عدم التنفيذ من حيث أثره فى الحكم بالغرامة التهديدية . إذ يحكم بها القاضى لإكراه الإدارة على تنفيذ ماتبقى من الحكم ؛ لأن هذا الأخير يعكس رفض الإدارة لتنفيذه ، ويعنى امتناعها الصريح عنه ، فتسرى بشأنه ذات أحكام الإمتناع عن التنفيذ سالفة البيان . ولذا قضى مجلس الدولة بغرامة تهديدية ٣٠٠ فرنك يوميا على الإدارة حتى تمتثل وتنفذ الحكم كاملا . فقد قضى بإلغاء قرارها بفصل موظفة متدربة بإحدى المستشفيات وإحالتها اليها لتصفية التعويض المستحق لها عن الفترة من تاريخ صدور قرار الفصل وحتى استلامها العمل فعلا تنفيذا لحكم الغاء الفصل . وبالفعل أعادتها إلى عملها ، ولكنها قدرت التعويض المستحق لها عن فترة غير تلك التى يقتضيها تنفيذ الحكم . اذ حددت تلك المدة بالفترة البينية من تاريخ صدور قرار

---

(١) CC 25 janvier 1995 R.F.D. Ad 1995 P 790 Note Mathieu

الفصل حتى حكم مجلس الدولة بإلغاء هذا القرار لا إلى وقت تسلم العمل فعلا . اعتبر مجلس الدولة هذا تنفيذا جزئيا لحكم الإلغاء يستوجب الحكم بالغرامة لإجبارها على استكمال التنفيذ ، بأداء التعويض عن الفترة المتبقية : من صدور حكم الإلغاء وحتى إعادة الموظفة فعليا إلى ذات عملها (١) .

أجازت المادة ٣ من قانون ١١ يوليه ١٩٧٥ فى حالة عدم تنفيذ حكم مالى أو بوجه عام حكم بإلزام معين ، تضاف إلى المبلغ المحكوم به فائدة قانونية إذا لم يتم تنفيذ هذا الحكم خلال شهرين من اعلانه . وغالبا ما تتجاهل الإدارة حال تنفيذها لأحكام الإلزام الصادرة فى مواجهتها دفع هذه الفوائد القانونية . وهنا يجئ تنفيذها للحكم ناقصا ، مما يستتبع الحكم بغرامة تهديدية لإجبارها على استكمال تنفيذه. وفى ذلك قضى مجلس الدولة بأنه إذا كانت الإدارة قد اكتفت بأداء التعويض المحكوم به ، دون الفوائد القانونية المترتبة على التأخير فى تنفيذه ، فإن هذا يعنى أنها لم تنفذ الحكم الا جزئيا مما يستوجب الحكم ضدها بغرامة تهديدية ٥٠٠ فرنك يوميا حتى تقوم بدفع هذه الفوائد (٢) .

وإذا كان التنفيذ الكامل لحكم الغاء قرار الفصل من الخدمة يقتضى أمرين : إعادة الموظف المقصود إلى ذات وظيفته ، أو أخرى متماثلة معها ، وتسوية حالته الوظيفية بأثر رجعى أى منذ صدور قرار الفصل ، فإن الإدارة إذا أعادت الموظف تنفيذا لحكم الغاء فصله دون تسوية حالته أو فعلت هذا الأخير . ولكن لم تعده إلى ذات وظيفته ، فإنها تكون قد نفذت الحكم تنفيذا ناقصا ، يستوجب الحكم بغرامة تهديدية لحملها على استكماله (٣)

---

(١) C.E 4 novembre 1996. Mlle. Kerbache. Rerc. p. 436.

(٢) C.E 30 juin 1997. Philippon. Rec: p. 1022.
C.E 30 janvier 1994. Mme. Loubet. Rec. p. 172.
C.E 4 novembre 1994. Winter et autre. J.C.A. 1997. P. 38.

(٣) C.E 15 decembre 1993. Mme: Bastien. Rec: p. 972

(٢) التنفيذ المشروط :

٨٧ - الإدارة هنا تقبل تنفيذ الحكم . ولكن بشروط تقيد مـــن خلالـــه تنفيذه على النحو المقتضى قانونا . إذ هى ملزمة بذلك دون قيد ولاشرط . هنـــا لايمكن القول بأنها لم تنفذ ، لأنه وفقا للسياسة القضائية لمجلس الدولة يكفـى أن تعلن رغبتها فى التنفيذ حتى يتحقق أثره فى عدم الحكم بالغرامـــة التهديديـــة ، ولكن لايمكن أيضا أن نقول أنها نفذته، لأن قبولـــها التنفيـــذ مرتـــهن بتحقـــق شروطها ، لذا أصدق ماينطبق على تلك الحالة أنها نوع من التنفيـــذ الجزئـــى للحكم [١] . كانت الآنسة Laucoin تعمل فى إحدى المؤسسات العامة لرعايـــة الأيتام (ملجأ) ولكن ادارة هذه المؤسسة فصلتها مـــن عملـــها لعـــدم الكفـــاءة المهنيـــة . فأقامت طعنا أمام المحكمة الإدارية التى ألغت القرار لعدم اســـتناده على اسباب جدية تبرره ، ولكن الإدارة رفضت تنفيذ الحكـــم وإعادتـــها إلـــى عملهـــا . فأقامت طعنا مرة أخرى فى قرار الرفض الذى ألغته أيضا المحكمـــة الإدارية لمخالفته لحجية الشئ المقضى به . وحيال ذلك اقـــترحت عليـــها ادارة الملجأ تنفيذا لهذا الحكم أن تقبل إعادتها إلى وظيفتها . ولكن بشـــرط أن تتقـــدم بطلب إلى الإدارة فى ذات الوقت تعلن فيه عـــن رغبتـــها فـــى الإحالـــة إلـــى الإستيداع لظروفها الشخصية . لم يلق هذا الحل قبولا لدى مجلـــس الدولـــة ، لأنه ينطوى على انتهاك صارخ لحجية حكم الإلغاء ، واعتبر أن الإدارة بقبولـــها المشروط لإعادة هذه الموظفة إلى عملها تعبر عن عدم التنفيذ الكامل للحكـــم ، مما يقتضى الحكم ضدها بغرامة تهديدية قدرها ٢٠٠ فرنك يوميا إذا لـــم تنفـــذ الحكم كاملا خلال شهرين من اعلانهـــا بهذا الحكم تبدأ من أول يوم فى الشـــهر الثالث وحتى استكمال التنفيذ [٢] .

---

(١) DUGRIP (O.): Execution des decisions de la juridiction administrative. Repertoire de contentieux administratif. Dalloz. Mise a jour. 1993. T.1. p. 21.

(٢) C.E 14 nouvembre 1987, Mlle. Laucoin. Rec. P. 5. L.P.A. 1989. No: 23. P. 11. Note: Guettier

(٣) التنفيذ البدلى أو المغاير لمقتضى الحكم

٨٨ – قد يغم على الإدارة حينا كيفية تنفيذ الحكم فتأتيه مغايرا جزئيا لمقتضاه اعتقادا بأن هذا هو المقتضى قانونا حسب مافهمته من منطوق الحكم . أو استيقنته من مضمونه . فالحكم مثلا بإلغاء رفض تسليم الوثائق الإدارية المطلوبة ، قد تظن الإدارة أن تنفيذه يقتضى إعطاء المحكوم لصالحه صور هذه الوثائق لا اصولها ، فتقدم على ذلك تستقر فى خطأ التنفيذ على تأويل غير صحيح للحكم ، أو قد يقدم العمدة الى المجلس البلدى ملخصا بالجلسات التى عقدها بناء على تفويض المجلس له فى إجرائها ، ظنا أن هذا هو المقتضى القانونى لتنفيذ التزامه ، دون أن يدرى أن ملخص الجلسات لايكفى وفاء بهذا الإلتزام ، وإنما يستوجب تقديم جميع هذه المحاضر ووضعها تحت تصرف المجلس . فى مثل هذه الحالات يثور التساؤل عما إذا كان هذا التصرف ينطوى على إخلال بالتنفيذ ، مما يتوجب الحكم بالتهديد المالى . تعكس هذه الحالة مشكلة الغموض الكامن فى منطوق الحكم ، ومشكلة أخرى مترتبة عليها هو الخطأ فى تفسير الإدارة له مما يفضى بها إلى تنفيذ الحكم تنفيذا غير المقصود فعلا .

. أما عن المسألة الأولى يحكمها مبدأ فصل الهيئات الذى أن كان يحظر على الإدارة أن تأتى عمل القاضى ، فإنه يحظر على هذا الأخير أن يقوم بعملها . وهذا معناه أن مشكلة تبديد الغموض أمرها يرجع إلى القاضى ليوضح للإدارة التوجيهات اللازمة لكيفية تنفيذ الحكم ، ويقرر فى الحكم التفسيرى مايراه ضروريا لوضعه موضع التطبيق . وهذا أصل يحكم المسألة مستقر منذ وقت بعيد (١) . فى ضوء ذلك إذا صفت نية الإدارة ، ورغبت فى التنفيذ المقتضى فعلا ، عليها الإلتجاء إلى القاضى لتبديد غموض حكمه ، وبيان كيفية تنفيذه ، حالئذ لايعرضها هذا للتهديد المالى . أما إذا فعلت غير

---

(١) C.E 26 december 1925 Rodiere Rec. p. 1065 R.D.P. 1926. P. 32. Concl Cahen Salvador S 1925 3 P 49 Note: Haurion.

ذلك ، فيعنى أنها عدلت عن اتباع تلك الوسيلة راغبة ، فإن تنفيذهـــا المبتســر يوجب الحكم عليها بالغرامة التهديدية ، لأنها منحت فرصة عدم التعرض لذلك ولكنها رغبت عنها . فى ضوء ذلك يمكن القول بأن الإدارة إذا أخطـــأت فـــى تفسير الحكم وتعرفه على غير المقصود ، تكون قد أوقعت نفسها فـــى شـــرك التنفيذ الجزئى ، مما يمثل مسوغا لخضوعها للتهديد المالى حتى تنفـــذه تنفيـــذا كاملا يعمل مقتضاه . وفى ضوء ذلك لايمكن قبول ماذهبت اليه محكمة القضاء الإدارى من أن : الإدارة لاتسأل فى حالة الخطأ الفنى اليسير فى تفسير القـــاعدة القانونية ، ذلك أن الإدارة لاتتنكر للحكم ولاتتجاهله . وهى إذ تعطـــى القـــاعدة القانونية معنى غير المقصود منها قانونا ، فيكون خطأ الإدارة فـــى التفســـير مغتفرا إذا كانت القاعدة غير واضحة وتحتمل التأويل .. [١].

رغم تقديرنا لمنطق هذا الحكم ، فإنه لايمكن قبوله على الإطـلاق ؛ وإلا نكون قد أعطينا الإدارة فرصة لأن تلعب على حبائل غموض الحكم لتنفذه كمـــا يترآى لها.. وعلى فرض صحة ذلك ، ماهو المعيار الدقيق الذى يمكن علـــى هديه معرفة ما إذا كان الخطأ فى التفسير يسيرا أم جسيما ؟ . بل وماهو قـــدر عدم وضوح القاعدة المختلف حول تفسيرها حتى يقال أن خطـــأ الإدارة بشـــأن تفسيرها يكون مغتفرا ؟ . ثم ماهو ذنب المحكوم لصالحه لكى يعامل بمقتضـــى تفسير خاطئ لقاعدة حسمت على أساسها منازعته . وإذا كانت هـــذه القـــاعدة حمالة لعدة أوجه فلمَ لاينبرى القاضى تلقائيا فيحدد فى منطوق حكمه كيفية تنفيذ الحكم كما فعلت حديثا محكمة استئناف بوردو الإدارية حال حددت الإجـــراءات اللازمة لتنفيذ حكم ألغى بعض الإجراءات اللائحية بعدما تعددت حالات تـــأخير تنفيذ هذا النوع من الأحكام . وهو ذاته مادرج أيضـــا عليـــه عمـــل مجلـــس الدولة[٢] . وذات الشئ بالنسبة لمحكمة رن الإدارية التى افادت الإدارة برأيـــها

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : ٤يناير ١٩٦٠. الدعوى رقم ٢٧٠ لسنة ١٠ القضائية. مجموعة السنة الرابعة عشر. ص : ١٨١ .

(٢) Rapport public de conseil d'Etat. 1998. E.D.C.E 1999. No: 50. P. 154-155.

فى كيفية تنفيذ الحكم الصادر منها بناء على طلبها حال غم عليها امر تنفيذه [١].
ولعل هذا أصبح ميسورا بعد أن ألغى المشرع الفرنسى الحظر الذى كان مفروضا على القاضى الإدارى بألا يوجه أمرا إلى الإدارة بما يراه مناسبا لتنفيذ حكمه . بل وإذا كان هذا الحظر لازال مفروضا على القاضى الإدارى المصرى ، فلما لايكون حسم تلك المسألة من خلال دعوى تفسير الحكم ، دون أن نتلمس للإدارة عذر الخطأ الفنى اليسير الذى يمكن أن تتخذه مطية للنيل من حجية الأحكام .

على أية حال يقوم التنفيذ المبتسر أو المختصر أيا كان سببه مقام عدم التنفيذ ، ويمثل مبررا للتهديد المالى . وتطبيقا لذلك اعتبر مجلس الدولة تنفيذا مبتسرا للحكم ما قامت به اللجنة الإقليمية لإعادة التنظيم التعاونى تنفيذا لحكم محكمة كان الإدارية بإلغاء قرارها المتعلق بتقسيم الأراضى الواقعة فى اقليم Boitron ، وما يترتب عليه بالنسبة للسيدة Leroux .إذ اللجنة قررت مخالفة لهذا الحكم أن تعيد إلى الطاعنة قطعة أرض مما أعادت تنظيمه ، ورفضت أن تعيد اليها قطعة أخرى بمساحة مختلفة ، على أن تعوضها عن ذلك بدفع قيمتها التجارية.واعتبر مجلس الدولة أن قرار ٧ يوليه ١٩٨٣ لايعدو أن يكون تنفيذا جزئيا للحكم سالف الذكر ، مما يقتضى الحكم على الدولة بغرامة تهديدية ٢٠٠ فرنك يوميا إذا لم تنفذ الحكم كاملا خلال شهرين ، تبدأ من اليوم الأول من الشهر الثالث وحتى تمام التنفيذ [٢] .

ثانيا : التنفيذ المتأخر للحكم :

٨٩ - شرطان يجب توافرهما لكى يكون التأخير فى التنفيذ ذا أثر فى الحكم بالغرامة التهديدية : أن يكون لمدة غير معقولة ، والا تكون هناك أسباب سائغة تبرره .

---

(١) Rapport public 1996 sur le principe d'egalité. Conseil d'Etat. E.D.C.E 199" No 48 P 235

(٢) C E 1^ octobre 1986 Mme Leroux Rec p 231 D 1987 p. 196 Note I lorens A ' 986 P "16

(١) وجوب ان يكون التأخير لمدة غير معقوله

٩٠ - يمثل شرط المدة المعقولة قاعدة اساس بالنسبة لمجلس الدولة يحدد على ضوئهـا مـ إذا كانت الإدارة نفذت الحكم فى موعـده أم جـاء تنفيذهـ متأخرا . غير أن المشكلة أنه لايوجد معيار منضبط يمكن على هديـه معرفـة متى تكون مدة التنفيذ معقولة ، ومتى لاتكون كذلك ، فأمر تحديدها يختلف تبعـا لطبيعة المنازعة ، وقدر مايحتاجه الحكم من إجراءات لتنفيذه (١) . ولكن هـذا لايعنى أن للإدارة مطلق الحرية فى اختيار وقت التنفيذ ، إذ أن القضاء يـهتدى هنا بمعيار زمنى . يطبق حالة ألا توجد صعوبات تعترض التنفيـذ ، وحيـن لايكون الحكم من الأحكام الوقتية أو المستعجلة ، مفاده أن مدة أربعة اشهر تعـد مدة معقولة لتنفيذ الحكم . بحيث أن نفاذها دون إجرائه ، يعتبر بمثابة رفـض ضمنى للتنفيذ (٢) . يعطى المحكوم لصالحه حق اتخـاذ الإجـراءات القانونيـة اللازمة لإجبارها عليه (٣) .

وهذا إن كان الأصل الذى يجرى عليه تحديد المدة المعقولة للتنفيذ ، فإن المشرع بمقتضى قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ من خلال التعديلات التى أدخلها علـى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ، وقانون الغرامـة بالنسـبة لاختصاص مجلس الدولة أعطى للقاضى المختص سلطة تحديـد مـدة لتنفيـذ الأوامر التى وجهها من خلال حكمه إلى الإدارة ليتم التنفيذ خلالها ، على نحـو ما رأينا تفصيلا . بما مفاده أن عدم تنفيذ الإدارة لتلك الأوامر خلال هذه المـدة تعتبر اخلالا بالتنفيذ ، ويستوجب توقيع الغرامة التى قضى بها لحمله عليـه ، بغض النظر عن مضى الأربعة الأشهر أو عدم انقضائها، إذ أن تطبيقها مرتهن بألا يحدد القاضى ميعادا للتنفيذ فى منطوق حكمه .

---

(١) C.E 21 decembre 1977. Brinom-cherbuliez. Rec: p. 532.

(٢) DUGRIP (O): op. cit. P. 5.

(٣) GOUAUD (C.) la loi du 16 juillet 1980 et le conseil d'Etat ou la volonté de legislateur face au pouvoir du juge administratif L.P A 17 février 1989. P 4 .

وعلى الرغم من ذلك تعد مشكلة تأخير التنفيذ بشكل يتجاوز هذه المـدد المشكلة الأساسية التى يتعرض لها تنفيذ الاحكام فى فرنسا . بعد أن كادت تختفى تماما مشكلة الإمتناع صراحة عنه . بل تعد هى المجال الاساسى لإعمال نظام الغرامة . ويكفى أن ندلل على ذلك بأن أقل مدة لتنفيذ غالب الأحكام التـى عرضناها سلفا كانت عامين ، وأن أول حكم صدر من مجلس الدولـة بغرامـة تهديدية كان بشأن عدم تنفيذ حكم محكمة ليموج الإدارية الذى اسـتغرق عـدم تنفيذه ثمان سنوات تقريبا [١] .

(٢)عدم وجود أسباب مقبولة للتأخير فى التنفيذ :

٩١ - يمكن للإدارة أن تتجاوز بالتنفيذ المـدة المعقولـة ، أو المـدة القضائية أى التى حددها القاضى بمنطوق حكمه ليجرى التنفيـذ خلالـها كمـا ذكرنا . ولكن هذا التجاوز شرطه أن يوجد سبب سائغ قبولـه ، كـانت الإدارة حياله فى ضرورة لتأخير التنفيذ عن موعده . فإن انتفى هذا السبب عـد ذلـك تقاعسا أو امتناعا عن التنفيذ يستوجب خضوعها للتهديد المالى . ولعـل هـذا ماقصدته المحكمة الإدارية العليا بقولها ... " إذا تراخت الجهة الإدارية فى تنفيذ الحكم مدة طويلة دون مبرر من الواقع أو القانون ، تكـون قـد تمـادت فـى الإمتناع عن تنفيذ حكم قضائى نهائى .. " [٢] . وفيه أيضا تقول محكمة القضـاء الإدارى ... " على الإدارة دائما المبادرة بتنفيذ الأحكام فى وقت مناسب مـن تاريخ صدورها وإعلانها ، فإن هى تقاعست أو امتنعت دون وجه حـق عـن التنفيذ فى وقت مناسب اعتبر هذا الإمتناع بمثابة قرار ادارى سـلبى مخـالف للقانون " [٣].

---

(١) MORANO - DEVLILLIER (J.): note sous C.E. 17 mars 1985. Mme. Menneret J.C.P 1985 - 2 - 20448.

(٢) المحكمة الإدارية العليا : ٢٤ فبراير ١٩٧١ الطعـن رقـم ١٠٧٦ لسـنة ١٨ القضائية مجموعة السنة الرابعة والعشرين ص ١

(٣) محكمة القضاء الإدارى ٣٠ يونيه ١٩٥٧ الدعـوى رقـم ٢٢٥٥ لسـنة ٨ القضائية مجموعة السنة الحادية عشر ص ٣٠٠.

وإذا كانت تلك الأحكام وهى تردد الأصل المعمول بـه فـى القضـاء الإدارى الفرنسى ، تحدد معالم التنفيذ المتأخر أو المتراخي ، وتبيـن أثـره ، فإنها أيضا أتت فى ذات الوقت بموجبات الإعفاء من تبعاته . فاستوجب للإعفاء من الجزاء المترتب عليه ، أن تكون هناك من الأسباب ما يبرره . والأسـباب المبررة للتأخير هى أيضا مما يستقل بتقديره قاضى الغرامة ؛ إذ لايوجـد لـها معيار دقيق يمكن أن نميز به بين السبب المبرر وغير المبرر . وإن كان هـذا لايمنع أن هناك أسبابا لايمكن الإختلاف حول اثرها المفضى إلى التأخير ، وقد مضت بنا طائفة منها . هذا إلى أن قسم التقرير والدراسات بمجلـس الدولـة ، وهو الجهة المنوط بها متابعة تنفيذ الأحكام الإدارية، وتذليل صعابها مع الجهات الإدارية المعنية كما سبق الذكر ، قد أورد فى تقاريره السنوية بعضـا منـها ، وكان من أبرزها المشاكل المالية التى تعوق تنفيذ هذه الأحكام . من ذلك عـدم وجود اعتمادات مالية لازمة لتنفيذ الأحكام الصادرة فـى منازعـات الوظيفـة العامة (١) ، وضعف الموارد الإقتصادية والمالية لبعض الأقاليم التى تحول دون تنفيذ أحكام التعويض (٢) . وهذا يستتبع تأخير التنفيذ لمدد غير معلومة حتى يتم توفيرها .

هذا إلى أن للقضاء الإدارى المصرى اتجاها فى شـأن تلـك الأسـباب ينطلق من تاثره بالمشكلات الأساسية التى يعانى منها النظام الإدارى لدينا مـن هذا القبيل ماقضت به محكمة القضاء الإدارى من أنه ... إذا كان التأخير فـى التنفيذ يرجع إلى تبادل المكاتبات بين الوزارة ووزارة المالية وديوان الموظفيـن للرجوع اليها فى شأن تنفيذ هذه الأحكام ولم يكن التأخير نتيجـة تقصـير مـن الوزارة ... يكـون طلب التعويض علـى غير أساس سليـم من القانون متعينا

---

(١) Rapport Publique de conseil d'Etat. 1992. E.D.C.E. 1993. No: 44. P. 108 et ss.

(٢) Rapport Publique de conseil d'Etat. 1990. E.D.C.E 1991. No· 42 P 133.

رفضه [١] .

ومرة أخرى يتمثل السبب المبرر للتأخير فى قوله بأن التأخير فى تنفيذ الحكم لاينبغى أن يتجاوز مجرد تسلسل الإجراءات العادية بحيث لايشوبه تعسف ظاهر أو رغبة متعمدة فى تعطيل تنفيذ الحكم أو تحد لأمر القضاء بل مرجعها إلى نظام الروتين العادى وما يتسم به من بطء ومبالغة فى الحيطة ، مبالغة قد لاتخلو من التعقيد .. [٢] .

ويسجل تقرير مجلس الدراسات والوثائق بمجلس الدولة الفرنسى الصادر عام ١٩٩٩ سببا مبررا لتأخير تنفيذ الأحكام الإدارية يتماثل مع تلك التى ذكرناها بخصوص القضاء الإدارى المصرى ، إذ يذكر التقرير أن العديد من المحاكم الإدارية تشكو من تأخير تنفيذ أحكامها لمدد تتجاوز المعقول ، وتعلن أن سبب ذلك يعود إلى التنظيمات الإدارية الداخلية للإدارات المعنية بالتنفيذ هذا إلى أن محكمة جرونبل الإدارية قد أكدت أن صعوبات مايعترض تنفيذ أحكامها يعود إلى أن تنفيذها كان يقتضى تدخل جهات ادارية غير تلك التى صدر فى مواجهتها الحكم مثل ذلك ضرورة الرجوع إلى المركز القومى للوظيفة العامة الإقليمية ، حال تنفيذ حكم الغاء فصل أحد الموظفين العاملين لدى أحد الأشخاص العامة الإقليمية ، لتسوية حالته الوظيفية تنفيذا لهذا الحكم [٣]

---

(١) محكمة القضاء الإدارى : ١٨ نوفمبر ١٩٥٣. الدعوى رقم ٩٢٢ لسنة ٦ القضائية . مجموعة السنة الثامنة . ص : ٩٧٢

(٢) محكمة القضاء الإدارى : ١٥ ابريل ١٩٥٣. الدعويان رقما ٦٠٧، ٦٠٨ لسنة ٤ القضائية . مجموعة السنة السابعة . ص : ٨٨٨

(٣) Rapport public 1999 Jurisprudence et avis de 1998 E.D.C.E 1999. No 50 P 154

الفصل الثانى

إجراءات الغرامة التهديدية

تمهيـــــد :

٩٢ - بتوافر الشروط السابقة ينشأ لدى الشأن حق فى اتخاد اجـــراءات الحكم بالغرامة للقضاء على عنت الإدارة وممانعتها فى تنفيذ الحكـــم الصـــادر لصالحه . ويبرز من جهة اخرى للقاضى الإدارى دور جديـــد فـــى التدخـــل لحملها عليه كرها ، يؤكد به ، ولأول مرة ، فاعليته فى تنفيذ أحكامه .

وبنشوء هذا الحق ، وظهور مقتضيات أداء هذا الدور ، تبدأ منازعـــة أو خصومة جديدة ، إن كانت تتماثل مع تلك التى حسمها الحكم المـــراد تنفيـــذه ، فإنها تتباين عنها ، على الأقل سببا وموضوعا . إذ أن مناطها الإخلال بتنفيـــذ هذا الحكم ، ومحلها الحكم بالتهديد المالى لإجبار الإدارة عليه . وهـــذا بـــالقطع سبب مغاير ، وموضوع مختلف ، عن سبب وموضـــوع الدعـــوى الصـــادر بشأنها . حتى غايات أطرافها لاسيما القاضى والمدعـــى متمـــيزة ، فـــالأول يستهدف بها كفالة احترام حجية ماقضى به ، والآخر يتطلع من خلالـــها إلـــى الحصول على المنفعة التى حملها اليـــه ذات الحكم بشـــكل بالـــغ السـرعة والفاعلية (١).

وإذا كانت تلك المنازعة تخضع كغيرها من المنازعـــات لـــذات النســـق الإجرائى المتتابع ، وتمضى مثلها بنفس الطرق التى تمر بـــها منـــذ افتتاحـــها بطلب أصلى وحتى انقضائها بحكم نهائى ، فإن لها فضلا عـــن ذلـــك ذاتيـــة اجرائية تميزها عن غيرها ، إن كانت تتصل بالإجراءات العامة اتصال الفـــرع بالأصل ، فإن لها من الخصوصية مايضفى عليها جوانب متباينة من التميز .

إذن تحديد تلك الإجراءات يعتمد على أمريـــن : خصوصيـــة منازعـــة الغرامة . وهى خصوصية لاينفيها اعتبارها فى الأصل منازعة فرعيـــة يتـــأثر الحكم فيها قبولا أو رفضا بما آل اليه تنفيذ الحكـــم الصـــادر فـــى المنازعـــة

---

(١) GALABERT (J.M.) L'application par le conseil d'Etat des dispositions de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes Mêl Peiser Grenoble. Presses universitaires des Grenoble 1995 P 24.

الأصلية، ولعل هذا مايعكس وجه تميزه الإجرائى الذى يؤكده تعدد مرجعيتها القانونية باعتبارها نتاج نصوص قانونية ولائحية مستمرة التعديل ، متلاحقة التغيير منذ قانونها الأول الصادر فى ١٦ يوليه ١٩٨٠ وهذا معناه أن المشرع لم يدع أمرها إلى الإجراءات العامة لتنتظم وفقا لها ، وإنما أثرها بفيض اجرائى خاص يتفق وتلك الطبيعة . أما الآخر فيدور حول مراحلها القضائية ، إذ تجرى من تلك الناحية على مرحلتين : مرحلة الحكم بالغرامة ومرحلة تصفية الغرامة المحكوم بها فى المرحلة السابقة . وكلا المرحلتين له دورة اجرائية تتلاءم مع وظيفتها فى ضوء ماذكرنا سلفا .

وتفصيل القول فى اجراءات الغرامة فى نطاق هاتين المرحلتين، يستلزم أن نبدأ بحديث عن الإجراءات المتعلقة بمرحلة الحكم بها فى مبحث أول. ثم نثنى بآخر عن النظام الإجرائى لمرحلة تصفيتها

المبحث الأول

إجراءات الحكم بالغرامة التهديدية

تمهيد وتقسيم

٩٣ - لئن كان الطلب يمثل فى فقه المرافعات العربة الفنية التى تحمل إلى المحكمة ادعاءات الخصوم وصولا إلى الحكم فيها (١) ، فإنه يعد فى تشريع الغرامة وسيلة الإقتضاء الأساسية للحكم بها إذ جعله المشرع الأداة الفاعلة التى تحرك القوة الكامنة فى اجراءات هذا الحكم نحو اصداره . حتى فى الحالات التى اناط فيها بمجلس الدولة سلطة الحكم مباشرة بالغرامة ، أى دون طلب صريح بذلك ، كان للطلب أيضا دوره غير المنكور فى بدء الإجراءات نحو دفع المجلس إلى التصدى للحكم بها من تلقاء نفسه . حقا أن ذا الشأن لم يطلب ، فى تلك الحالة ، من المجلس أن يقضى له بغرامة تحمل الإدارة

---

(١) أ.د. نبيل عمر . قانون المرافعات المرجع السابق ص ٢٨٩

على تنفيذ حكمه ، وإنما يقدم الطلب ملتمس مساعدته فى اجرائه بشكل قد يفضى بتتابع الإجراءات الى أن يقضى بها المجلس . ولكنه على اية حال طلب لولاه لما أقدم المجلس على اصدار هذا الحكم .

إذن هناك نوعان من الطلبات تفضى إلى الحكم بالغرامة : طلب الحكم بالغرامة صراحة ، وطلب المساعدة فى التنفيذ demande d'aide á L'execution الذى قد ينتهى إما بقبول الإدارة طائعة تنفيذ الحكم ، وإما بإصدار الحكم بالغرامة لإجبارها عليه . وإذا كان الإثنان يختلفان فى موضوعهما ، فإنهما يلتقيان فى الخضوع لذات الإجراءات المتعلقة بالفصل فيهما أمام قاضى الغرامة . لاسيما فيما يتعلق بسلطات هذا الأخير فى الحكم بالغرامة كأثر اجرائى لهما .

اذن اعتدادا باعتبار الطلب مدار اجراءات الحكم بالغرامة ، تتنوع هذه الأخيرة إلى نوعين : اجراءات تنتظم وفقا لها طريقة تقديمه الى المحكمة المختصة أو قاضى الغرامة وتتميز بأنها اجراءات افتتاحية يقتصر دورها على مجرد اتصال قاضى الغرامة بمنازعتها . والأخرى اجراءات مرحلة الفصل فى هذا الطلب . وهى اجراءات يقترن بدؤها بانعقاد خصومة الغرامة ، وتنتهى بإصدار الحكم فيها قبولا أو رفضا .

وعلى هذا الأساس ، نعرض فى مطلب أول للنظام القانونى لطلب الحكم بالغرامة ، ثم نتناول الإجراءات المتعلقة بالفصل فيه انتهاء إلى صدور حكم بشأنها ، وذلك فى مطلب ثان .

المطلب الأول

النظام القانونى لطلب الحكم بالغرامة

تمهيد :

٩٤ - باعتباره الأداة الإجرائية للحصول على حكم بالغرامة يتنوع

الطلب تبعا لطريقة إحداث أثره إلى نوعين : طلب مباشر للحصول على هذا الحكم ، وآخر غير مباشر يطلق عليه طلب المساعدة فى التنفيذ ، قد يكون مآله صدور هذا الحكم ، إذا عجزت السبل الودية لقسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة على أن يساعد صاحب الشأن فى الحصول على تنفيذ ارادى للحكم الصادر له ، حالئذ لايكون هناك مناص من الحكم بالغرامة لحمل الإدارة عليه كرها . وهذا مقصد المشرع مما نص عليه فى المادة الثانية من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ بأنه : فى حالة عدم تنفيذ حكم صادر عن القضاء الإدارى يكون لمجلس الدولة ولو مباشرة d'office الحكم بغرامة تهديدية ضد الشخص الإعتبارى العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام بقصد ضمان تنفيذه .

وهكذا ، وفى نطاق هذين الإجراءين ، نعرض فى فرع للنسق الإجرائى للطلب الصريح بالحكم ، ثم نبين نظام طلب المساعدة فى التنفيذ باعتباره طريقا قد يفضى إلى ذات الأثر فى فرع ثان .

الفرع الأول

الطلب الصريح بالحكم بالغرامة

تمهيـــــد :

٩٥ – يحفل تشريع الغرامة بتعديلاته ولوائحه بسبل اجرائية بشأن الطلب الذى يتقدم به ذو الشأن مباشرة للحكم بغرامة تهديدية . ورغبة فى تيسير مهمة البحث بشأنها يمكن حصرها فى أنواع ثلاثة : اجراءات تتعلق بالطلب ذاته ، وأخرى ترتبط بأطرافه ، وأخيرة تتصل بمدى جواز تعدده لكفالة تنفيذ حكم واحد .

أولا : الإجراءات المتعلقة بالطلب ذاته :

٩٦ – تدور تلك الإجراءات حول الشكل الذى ينبغى أن يكون عليه،

والميعـاد الذى يجرى خلاله . والجهة التى يقدم اليها ، ومدى جواز التنـازل عنه بعد تقديمه

٩٧شكـل الطلـب :

٩٧ - لايشترط أن يكون للطلب شكل معين غـير أن يكـون مكتوبـا باعتبار ذلك أثرا لخصيصة الكتابة التى تتميز بها اجراءات التقاضى الإداريـة بوجه عام (١) ، فضلا عن أنه بالطلب يتحدد نطاق خصومة الغرامة موضوعيـا وعضويا . ولذا يلزم أن يرد فى صحيفة مكتوبا حتى يمكن الوقـوف بسـهولة على موضوع وسبب وأطراف هذه الخصومة لاسيما وأن غالبية هذه العنـاصر خاصة الموضوع والسبب ، ستظل بذات نطاقها حتى يصدر الحكم بشـأنها . بقى أن نعرف حكم مسألتين متعلقتين بشكل الطلب علـى جـانب كبـير مـن الأهمية.

(أ) مدى لزوم رسم الدمغة :

٩٨ - إذا كان لابد أن يقدم الطلب مكتوبا ، فهل يلزم أيضـا أن يكـون مدموغـا ؟ أى محررا على صحيفة مدموغة رسم الدمغـة droit de timbre وقدره مائة فرنك عن كل طلب ؟ وفقا لمادته التاسعة أعفى القانون رقـم ١٤٦٨ لسنة ١٩٧٧ بشأن مجانية اجراءات التقاضى الصادر فى ٣١ ديسـمبر ١٩٧٧ الطلبات التى تقدم أمام القضاء الإدارى من الإلتزام بتقديمـها علـى صحيفـة مدموغة Papier timbré ، وذلك ابتداء من سريانه فى اول يناير ١٩٧٨ (٢) . غير أنه بصدور القانون رقم ١٣٥٢ لسنة ١٩٩٣ فى ٣٠ديسمبر ١٩٩٣ عدلـت المادة ١٠٨٩ من تقنين الضرائب لتحدد نطاق هذا الإعفـاء بتوافـر الشـروط المنصـوص عليهـا فى المادة ١٠٩٠ من ذات التقنين . وهذه الأخيرة تقصر

---

(١) RIVERO (J.) et WALINE (J.): op. cit. P. 184.

(٢) LEULMI (S.): Frais de justice Répertoire de contentieux administratif. Dalloz. Maise a jour 1993. T 1 P.2

الإعفاء على الطلبات التى تقدم عن أشخاص تتوافر فيهم الشروط اللازمة للإستفادة من المساعدة القضائية الكلية أو الجزئية وفقا لقانون ١٠ يونيه ١٩٩١ بشأن المساعدات القضائية . ووفقا لهذا القانون يشترط للإستفادة من هذه المساعدة أن يكون دخل الطالب اقل من الحد الأعلى المقرر قانونا . وهذا الأخير دائم التغير من وقت لآخر . غير أنه كان ابان تلك الفترة يعادل ٣٤٦٥ فرنك شهريا بالنسبة للحصول على المساعدة القضائية الكاملة والتى تشمل الإعفاء من كافة المصاريف الإجرائية بما فيها أتعاب المحاماة Les honoraires des avocats ، ومصاريف الخبرة ، أما المساعدة القضائية الجزئية ، فقد كان يلزم للحصول عليها أن يكون دخله ٥٢٥٠ فرنك شهريا .

ونظرا لأن تلك الأحكام كانت تسرى بالنسبة لطلبات الغرامة ، بمقتضى المادة ٥٩ - ٣ من لائحة ٣ يوليه ١٩٦٣ التى نصت على سريان ذات الأحكام التى تسرى على الدعاوى والطلبات والمذكرات التى تقدم أمام القضاء الإدارى على طلبات الحكم بغرامة تهديدية ، فإن هذا معناه سريان أحكام الإعفاء من رسم الدمغة سالفة البيان على هذه الطلبات . وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة برفض طلب بالحكم بغرامة تهديدية قدم متجاهلا رسم الدمغة ، وبين المجلس أسانيد رفضه بأن الطالبة ، وقد قدمت طلبها على صحيفة غير مدموغة ، لاتتوافر بالنسبة لها شروط الإعفاء من رسم الدمغة وفقا للمادة ١٠٩٠ من التقنين العام للضرائب [١] .

وإذا كان مجلس الدولة مستقرا على اعتبار طلب الحكم بالغرامة طلبا مستقلا ، يحمل مضمونا لمنازعة جديدة يوجب الخضوع لرسم الدمغة ، فإن محاكم الإستئناف الإدارية تتباين وجهة نظرها حول تلك المسألة ، أى مدى اعتباره طلبا مستقلا يلزم تأدية رسم الدمغة كشرط لقبوله ، أم طلبا متلازما مع الطلب الأصلى أو امتدادا له يغنى فى تسديد هذا الرسم تأديته على الطلب الأصلى . محكمة استئناف ليون الإدارية سارت فى ذات اتجاه مجلس الدولة ،

---

(١) C E 6 fevrier 1995 Mme Petillon J.C A 1997 P 25

وذهبت إلى اعتباره طلبا مستقلا فى مفهوم تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ، واستلزمت ضرورة خضوعه لرسم الدمغة أثرا لذلك (١) .

ولكن محكمة استئناف نانت الإدارية كان لها فى المسالة رأى آخر ، تاثرت فيه بماذهبت اليه السيدة Coênt Bochard مفوض الحكومة فى تقريرها الذى ساقت حججا منطقية لإعفاء طلب الحكم بالغرامة باعتباره طلبا لتنفيذ حكم من رسم الدمغة ، ومما جاء به أن خضوع هذا الطلب لرسم الدمغة يعنى اخلالا بالمساواة الفعلية بين المتقاضين فى هذا النطاق ، إذ أن المتقاضى الذى يطلب الحكم بالغرامة اثناء نظر الدعوى الأصلية – المقصود هنا الطلب السابق على صدور الحكم كما بينا سلفا – وفقا للمادة ٨ / ٢ من التقنين ، لايخضع لرسم الدمغة فيما يتعلق بهذا الطلب ، فهو يسدد رسما واحدا هو المتعلق بالطلب الأصلى فحسب (٢) . أما المتقاضى الذى انتظر حتى صدور الحكم ، وامتنعت الإدارة عن تنفيذه – أى الطلب اللاحق لصدور الحكم – يخضع لهذا الرسم إذا قدم إلى المحكمة وفقا للمادة ٨ /٤ من التقنين ، طلبا لكفالة تنفيذه . وهذا يقطع بعدم المساواة بين المتقاضين الذين يسعون إلى تنفيذ الأحكام الصادرة لصالحهم ، لأن المغايرة فى وقت تقديم الطلب لاتبرر الإخلال بمبدأ المساواة فى هذا الشأن مطلقا . من ناحية أخرى أن طلب التنفيذ المقدم لاحقا وفقا للمادة ٨ – ٤ من التقنين لايعد اجراء منفصلا عن النزاع السابق أى الذى صدر فيه الحكم المراد تنفيذه ، ولكنه فى حقيقته اجراء منهى لهذا النزاع أو متمم لإجراءاته ، يجد مبرره فى إجبار الشخص العام على تنفيذ الحكم الصادر بشأنه والذى رفض تنفيذه طواعية . أنه من الظلم أن نفرض هذه العقبة الإجرائية – أى رسم الدمغة – مهما كانت زهيدة القيمة على حق الشخص فى

---

(١) CAA Lyon 26novembre 1996, Sc. les Hauts de Saint Michel. A.J. 1997 . p. 280.

(٢) C.E 25 mars 1996. Commune de Saint- francais. R.F.D. Ad. 1996. P.

تنفيذ الحكم الصادر لصالحه [١]

استلفتت تلك الحجج نظر المحكمه . فأعلنت نحب تأثيرها . اعفاء طلب الحكم بالغرامة أو تنفيذ الحكم بوجه عام من رسم الدمغة . وقالت فى ذلك ... لما كان محل الطلب كفالة تنفيذ حكم صادر عن محكمة ادارية أو محكمة استئناف ادارية ، وذلك أيضا سببه ، فإنه لايمكن اعتباره عريضة دعوى مستقلة فى مفهوم تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية . ولذا فإن ايداع هذا الطلب لايستوجب دفع رسوم الدمغة المنصوص عليها فى المادة ١٠٨٩ من تقنين الضرائب ، والمادة ١٠ من قانون ٣٠ديسمبر ١٩٧٧. ومن ثم يكون دفع المحكوم عليه بعدم قبول طلب السيد Allais لأنه لم يؤد رسم الدمغة يكون فى غير محله متعينا رفضه [٢] .

(ب) مدى ضرورة توقيع محام على الطلب :

٩٩ – الأصل الإجرائى يقضى بضرورة توقيع محام مقبول أمام مجلس الدولة، إذا كان الطلب سيقدم اليه ، أو أمام المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية حال أن يقدم اليها ؛ وذلك لضمان جديته من جهة ، والتثبت من أنه حرر بمعرفة من لديه خبرة بالقانون مما يؤكد صحة صياغته القانونية وسلامة أسانيده فلا يضيع وقت المحكمة هدرا فى الفصل فى طلبات غير مؤسسة قانونا [٣] .

على خلاف ذلك أعفى المشرع طلب الحكم بالغرامة التهديدية من شروط توقيع محام لقبوله سواء بالنسبة لذاك الذى يقدم أمام مجلس الدولة - المادة

---

(١) COENT – BOCHARD conclusions sur CAA. Nantes: 11decembre 1996 M Allais A.J 1997 P 280

(٢) CAA Nantes 11 decembre 1996. M. Allais. A.J. 1997. P. 307.

(٣) DOUCELIN (M): le ministére de L'avocat devant la juridiction administrative Paris Thése (dactylo). 1980 T 1 p 5

الثانية من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣- أو الدى يقدم الى المحاكم الإدارية ومحـــاكم الإستئناف الإدارية وفقا للمادة ١١ من لائحة ٣ يوليه ١٩٩٥. ويرتب المشـــرع أثرا هاما على هذا الإعفاء مفاده أنه يكون لذوى الشأن تمثيل انفسهم أمام قاضى الغرامة حال الفصل فى الطلب ، أو توكيل أحد الأشخاص حتى ولو كان مـــن غير المحامين شريطة أن تتوافر فيه أهلية التقاضى ، وأن تثبت لديـــه صفتـــه الإجرائية أو علاقته بمن يمثله قضائياوفقا للمـــادة ١٠٨ مـــن تقنيـــن المحـــاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية .

(٢) ميعـــاد الطلـــب :

١٠٠ – نعنى بميعاد الطلب هنا الفترة الإجرائية اللازم انقضاؤها لتقديم الطلب أمام قاضى الغرامة . وهو يتميز بأنه ميعاد كامل وليس مـــن المواعيـــد الناقصة ، ولذا لايمكن تقديم الطلب إلا بعد تمامه. فإن قدم قبله قضى بـــالطبع بعدم قبوله لأنه حالئذ يعتبر طلبا سابقا للميعاد demande prématurée . ويعتبر هذا من النظام العام ، فيكون لقاضى الغرامة أن يقضى به من تلقاء نفســه ، أى حتى ولو لم يثره الخصوم ، وذلك فى أى مرحلة تكون عليها الإجراءات .

والمشرع فى تنظيمه لهذا الميعاد حدد القاعدة العامة فى بـــدء ســـريانه ، ثم أورد عليها عددا منالإستثناءات يستوى فى شأن تطبيقها الطلبات المقدمة أمام مجلس الدولة ، وتلك التى تقدم أمام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية .

(أ) القاعدة العامة فى بدء الميعاد :

١٠١ – يختلف بدء الميعاد تبعا لما إذا كان الطلب سيقدم إلى مجلـــس الدولة أم إلى المحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية . ففى الحالة الأولى لايقـــدم الطلب إلا بعد ستة أشهر من اعلان الحكم المطلوب تنفيذه [١] . أما فى الحالـــة الثانية لايمكن أن يقدم إلا بانقضاء ثلاثة أشهر من اعلان الحكم [٢] . وتعد هـــذه

---

(١) المادة ٥٩ – ١من لائحة ٣٠ يوليه١٩٦٣ معدلة بمقتضى لائحة ٣ يوليه ١٩٩٥.

(٢) المادة ٢٢٢ - ٢مر تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإداريـــة التـــى أدخلت فى التقنير بمقتضى المادة ١٢ مر لائحة ٣ يوليه ١٩٩٥.

فى تقدير المشرع مدة معقولة لأن تتخذ الإدارة مايلزم نحو تنفيذ الحكم ، وتسوية الآثار المترتبة عليه (١) .

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة بأن الطلبات التى تقدم إلى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم صادر عن جهة قضاء ادارى لايمكن أن تقدم قبل انقضاء ستة اشهر من تاريخ اعلان هذا الحكم ... ونظرا لأن السيدة Nielson قد تقدمت بطلب إلى مجلس الدولة بالحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم صادر من محكمة مارسيليا الإدارية فى ١٤ اكتوبر ١٩٨٢... وأن الطلب قد أودع أمانة القسم القضائى لمجلس الدولة فى ٢٧ ديسمبر ١٩٨٢.. ولما كان ذلك كذلك ، ومهما كان تاريخ اعلان هذا الحكم فى تلك الحالة ، فإن الطلب يكون قد قدم سابقا على ميعاده ، مما يقتضى الحكم برفضه (٢) .

وثمة تساؤل جدير بالطرح : ماذا لو قدم ذو الشأن طلبا قبل بدء الميعاد، ثم أردف توقيا لرفضه ، بطلب آخر بعد بدايته ، فهل يعتد بالطلب الأول فيحكم بالرفض ، أم يعول على الطلب الآخر فيقضى بالقبول ؟ . يبدو أن مجلس الدولة يعتد بالطلب الأخير فعلا فيقضى بالقبول اعتدادا بتحقيق الأثر القانونى للميعاد من حيث قبول الطلب - بتقديم هذا الأخير ولكنه يوجب التحقق من أن الطلب الأخير قد قدم فعلا فى الميعاد . تقدم السيد Ternon إلى مجلس الدولة بطلب الحكم بغرامة تهديدية لتنفيد حكم صادر من محكمة مونبليه الإدارية فى ٨ ابريل ١٩٨٧ . وتم ايداع هذا الطلب بأمانة القسم القضائى لمجلس الدولة فى ٨ يوليه ١٩٨٧.. غير أنه جدد هذا الطلب بمذكرة أودعها أمانة القسم القضائى فى ٨ اكتوبر ١٩٨٧ . ولكن مجلس الدولة رغم ذلك رفض الطلب فقد تبين أنه لم تمض ستة أشهر من اعلان الحكم المطلوب تنفيذه

---

(١) GUETTIER (ch.): op. cit P 24

(٢) C.E 18 février 1983 Mme. Nielsen Rec p 74

C E 11 février 198⁻ centre communal d'action sociale de Nantes

R D P 198⁻ P 1388 Note Drago

فى ٤ ابريل ١٩٨٧ ، وتقديم الطلب فى ٨ اكتوبر ١٩٨٧ [١] .

وقد يعن للبعض أن يتساءل ماذا لو قدم الطلب قبل الميعاد ، ولكن استمرت الإدارة فى ممانعتها للتنفيذ حتى حلوله ، هل يعتد بالطلب السابق على ميعاده فيرفض ، أم باستمرار الرفض الإدارى للتنفيذ فيقبل ؟ . لقد كانت رغبة مجلس الدولة فى اختصار الإجراءات دافعا له لقبول الطلب طالما ظل مقتضى تقديمه – وهو عدم التنفيذ – قائما حتى بعد حلول الميعاد ، فبدلا من أن يرفض المجلس الطلب لتقديمه سابقا على ميعاده ، بما يترتب عليه أن يعيد ذو الشأن تقديمه مرة أخرى بعد حلول هذا الميعاد . كان المجلس منطقيا حين اعتد لقبول هذا الطلب باستمرار اصرار الإدارة على عدم التنفيذ حتى إلى بدء الميعاد • وعلى ذلك قضى مجلس الدولة بأنه إذا كانت المادة ٥٩ – ١ من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ تنص على أن الطلبات المقدمة إلى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم صادر عن جهة قضاء ادارى لايمكن أن تقدم قبل مضى ستة أشهر من اعلان هذا الحكم ، فإن تقديم طلب بهذا الشأن قبل مضى تلك المدة مما يحول دون رفض طلب قدم لهذا الشأن قبل مضى تلك المدة ، استمرار رفض تنفيذ هذا الحكم الى مابعد انتهاء هذه المدة [٢] . ومؤدى ذلك أن امتداد رفض التنفيذ بعد المدة المحددة فى هذه اللائحة يمكن أن يفضى إلى اعتبار الطلب المقدم قبل انتهاء هذه المدة مقبولا [٣] .

---

(١) C.E 20 janvier 1988. M. Temon. R.D.P. 1988. P. 1171.
C.E. 19octobre 1988. M. Pasanau. D. 1989. P. 147 note : Pambou – Tchinonda.

(٢) C.E 5mai 1995. Mme: Berthaux. Rec: p. 200. E.D.C.E 1995. No: 47. P. 340. A.J. 1995. P. 653. Note: Muller. R.D. Ad. 1995. P. 18. Note: C.M.

(٣) MULLER (G.): note sous C.E 5 mai 1995. Mme. Berthaux. A.J. 1995. P. 653

(ب) الإستثناءات على قاعدة بدء الميعاد

١٠٢ - لايتقيد ذو الشأن بميعاد تقديم طلب الحكم بغرامة تهديدية وفقا للأصل العام فى الحالات التالية :

أ - طلبات الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ الأحكام المستعجلة :

١٠٣ - يستوى فى هذا الشأن أن يكون الحكم صادرا بإثبات حالة الإستعجال constat d'urgence ، أو باتخاذ أحد اجراءات التحقيق المستعجلة ، أو الإجراءات التحفظية التى لها ذات الطبيعة . ويجد هذا الإستثناء سنده القانونى فى المادة ٥٩ - ١ من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ بالنسبة للطلبات التى تقدم أمام مجلس الدولة ، وفى نص المادة ٢٢٢ - ٢ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية فيما يتعلق بطلبات الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ الأحكام المستعجلة الصادرة منها على التوالى . ولايخفى مبرر هذا الإستثناء على أحد.فالإعتبارات المنطقية التى يستقر عليها تجعله أشهر من أن نقيم عليه دليلا . هذا إلى أن طبيعة تلك الأحكام ، وما تستوجبه طبيعة الإستعجال التى تواجهها من عدم تأخير فى تنفيذها يفضى إلى فوات مصلحة أو ضياع حق ، تتطلب الا تمهل الإدارة حينا من الوقت لتنفيذها ، أو تترخص فى ميعاده ، وإنما تستوجب سرعة اجرائه ، المفضى قطعا إلى وجوب تقديم الطلب فور رفض التنفيذ صراحة أو ضمنا ، أو توانيها فيه .

ب - طلبات الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم أعلنت الإدارة صراحة رفضها لتنفيذه :

١٠٤ - يكون من اثر قرار الرفض الصريح للتنفيذ تقديم طلب الحكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذه من مجرد علم ذى الشأن به ، ودون التقيد بميعاد على نحو ماتنص عليه المادة ٥٩ - ١من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ فيما يتعلق بالطلبات التى تدخل فى اختصاص مجلس الدولة ، والمادة ٢٢٢- ٢ من التقنين بشأن تلك التى تقدم لكفالة تنفيذ أحكام المحاكم الإداريه العاديــة و الإستئنافية . والسبب فى ذلك أن تصريح الادارة بالرفض تنتفى معه العلــة التــى لأجلــها

ضرب ميعاد لتقديم الطلب ، وهو منحها مدة معقولة لاتخاذ مايلزم نحو تنفيذ الحكم ، فإذا رفضت صراحة تنفيذه ، فإن منح هذا الأجل يرد على غير محل، ولايكون له مقتضى من واقع أو قانون . فقد حسمت برفضها الصريح موقفها ، مما يستوجب التدخل على فوره لإجبارها على التنفيذ .

ولكن إذا كان للقرار الصريح بالرفض أثره في اعفاء طلب الحكم بالغرامة من اجراء الميعاد ، فإنه تترتب عليه نتيجتان هامتان : أولهما أن صاحب الشأن لابد أن يقدم طلب الغرامة خلال ميعاد الطعن بإلغاء قرار الرفض وفقا للقواعد العامة – الميعاد هو شهران من اعلان القرار أو العلم اليقيني به – فإذا لم يقدم الطلب خلال هذه المدة ، صار الرفض نهائيا مما يحول دون قبول هذا الطلب [1] . أما الأخرى فإنه يكون لتقديم طلب الحكم بالغرامة أثره في قطع ميعاد دعوى الإلغاء [2] . بمعنى أنه يكون للطاعن بعد صدور حكم بالغرامة بناء على طلبه ميعاد جديد يبدأ من اليوم التالي لإعلان هذا الحكم ولمدة شهرين لإقامة دعوى الإلغاء . وعلى هذا النحو تكون قد نشأت حالة جديدة تضاف إلى حالات قطع ميعاد دعوى الإلغاء التقليدية وهي : التظلم الإداري ، طلب الإعفاء من الرسوم القضائية ، ورفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة .

جـ – طلبات الحكم بالغرامة لتنفيذ أحكام حددت المحكمة التي اصدرها مدة لتنفيذها :

١٠٥ – قد يصدر الحكم حاملا ميعادا محددا لتنفيذه ، أو قد تصدره المحكمة دون تحديدها ، ولكن تضرب له موعدا بعد ذلك ، كما رأينا ، حالئذ يقضي منطق الحجية النزول على حكم التحديد ، فلا يقدم طلب الغرامة

(١) المادة ٥٩ – ٧ من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ أدخلت بمقتضى اللائحة رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٩٠ الصادرة في ١٥ مايو ١٩٩٠ ، والمادة ٢٢٢ – ٢ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية .

(٢) VEDEL (G.) et DELVOLVE (P). op cit. P. 383.

التهديدية لتنفيذه إلا بعد نفاذ هذه المدة دون إجرائه انه مجرد عمال للأصل الذى يقضى بأن الخاص يقدم على العام ويستقر فى أسسه القانونى على المادة ٥٩ - ١ من لائحة ٣٠يوليه ١٩٦٣ معدلة باللائحة رقم ٨٣٠ لسنة ١٩٩٥ الصادرة فى ٣ يوليه ١٩٩٥ فيما يتعلق بطلب تنفيذ الأحكام التى ينعقد لمجلس الدولة الإختصاص بكفالة تنفيذها . وتجئ بذات الحكم المادة ٢٢٢ - ٢ من التقنين بصياغة أتت بها اللائحة رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥ الصادرة فى ٣ يوليه ١٩٩٥ ، إذ تخصص فقرتها الثانية لطلب تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية محددة مدة التنفيذ ، فتوجب ألا يقدم اليها إلابعد انقضائه . وتنص فقرتها الثالثة على أن طلب تنفيذ أحكام محكمة الإستئناف الإدارية والمحاكم الإدارية المطعون فيها الإستئناف أمامها ، يجب ألا يقدم اليها إلابعد انتهاء المدة التى حددها منطوقها لتنفيذها .

(٣) الجهة التى يقدم اليها الطلب - احالة :

١٠٦ - بعد أن يستكمل الطلب شكله ، ويحين موعد تقديمه ، يثور التساؤل عن الجهة التى سيقدم اليها : هل هى ذات المحكمة التى أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه بطريق الغرامة التهديدية ، أم جهة اختصها المشرع بالنظر فى تلك الطلبات ، وعهد اليها بمهمة تلقيها ؟ وهل يختلف الوضع فى هذا الشأن تبعا لما إذا كان الحكم موضوعيا أم حكما من الأحكام المستعجلة ؟.

ونظرا لاتصال تلك المسألة ، وما يتفرع عنها ، بالفصل فى الطلب ، نرجئ الحديث عنها إلى حين التعرض لإجراءات تلك المرحلة .

ثانيا : الإجراءات الخاصة بأطراف الطلب :

١٠٧ - كسائر المنازعات يكون لمنازعة طلب الحكم بالغرامة طرفان بصفة عامة : الطالب الذى يقدمه ، والخصم الذى يقدم فى مواجهته . وكلا منهما يلزم أن تتوافر بشأنه شروط يحدث بتوافرها أثره . أو يقضى بعدمها برفضه .

(١) صاحب الحق فى الطلب :

١٠٨ - طلب الحكم بالغرامة ليس بمثابة دعوى شعبية يتاح للجميع بغير ضوابط ، أو دون معايير حاكمة لحسن ممارسته [١]. ولكن المشكلة تدق حال البحث عن معيار يتحدد على أساسه من له صفة تقديم هذا الطلب . ووجه الدقة أن المشرع غاب عنه وضع الشروط اللازم توافرها فى الطالب . والإحتكام إلى القواعد العامة قد يوسع من نطاق حق طلب الحكم بالغرامة ، وهو سلاح خطير ينال من امتيازات الإدارة التى تتمتع بها تحقيقا للمصالح العامة المعقودة عليها ، ويضعف مع تعدد الإلتجاء اليه من قدرتها المالية على الوفاء بالتزاماتها . بل إنه يخالف اتجاه مجلس الدولة فى الإلتجاء إلى هذا السبيل فى أضيق الحدود بشكل يحقق فى نظره توازنا معقولا بين احترام الإدارة لحجية الأحكام ، وعدم الإسراف فى تطبيق نظام الغرامة بشكل يضر بالصالح العام .

فى أول مناسبة لمجلس الدولة لتحديد صفة مقدم الطلب ، عرض مفوضه Roux فى تقريره لعدة معايير فى هذا الشأن كان ابرزها ثلاثة : معيار المعلن، معيار الطاعن ، معيار المستفيد . ومؤدى معيار المعلن بالحكم أن كل من أعلن بالحكم الصادر فى الدعوى الأصلية يكون له صفة فى تقديم طلب الغرامة للإجبار على تنفيذه ، غير أن اتساع هذا المعيار بشكل يمكن أن يندرج تحته كل متلقى الإعلان بالحكم القضائى . فيفضى إلى عدم معقولية الإحتكام اليه وإلا فاق من لهم صفة تقديم الطلب كل حد . هذا إلى أنه يؤدى إلى نتيجة غاية فى الشذوذ ، إذ فى الحالات التى يغفل فيها هذا الإعلان ينعدم وجود من له صفة تقديم الطلب ، ويتوقف اعمال نظام الغرامة ، مثل هذه الحالات . وهذا مالم يقل به أحد .

---

(١) CHABANOL (D.) · la pratique de contentieux administratif devant les Tribunaux administratifs et les cours admininstratives d'appel Paris. Litec 2e edition 1992 P 220

أما عن معيار الطاعن اى الشخص الدى أقام الدعوى الأصلية الصادر فيها الحكم المطلوب تنفيده ، فهو معيار قدر معقوليته . إلا أنه يعيبه أن الطاعن قد لايكون الشخص الذى صدر الحكم لصالحه ، فى هده الحالة لاتكون له مصلحة فى تقديم الطلب . هذا إلى إن صفة الطاعن فى أول درجة قد لاتكون هى الصفة الملازمة له فى مرحلة الإستئناف أو الطعن بالنقض . ويكون قد بدأ الإجراءات فى أول درجة ولكن انتهت فى الإستئناف أو النقض لغير صالحه. ويفقد حالئذ صفة الطاعن ، مما يفقده تبعا لذلك مبرر تقديم طلب الحكم بالغرامة لتنفيذ الحكم . وأخيرا أن المعيار يضيق من نطاق ممارسة الحق فى هذا الطلب رغم توافر مبرراته ، فالمتدخل فى الخصومة رغم أنه يفقد صفة الطاعن ، إلا أن له مصلحة مباشرة من تنفيذ الحكم الصادر فيها ، والإقتصار على صفة الطاعن تحرمه من الإستفادة من اجراء الغرامة [١] .

على هذا النحو برز معيار جديد هو معيار المستفيد من الحكم المطلوب تنفيذه ، إذ تتوافر الصفة فى تقديم الطلب لكل من يعود عليه الحكم بمصلحة مباشرة . ولكن حتى لايختلط هذا المعيار بالمعايير المتبعة فى نطاق دعوى الإلغاء التى أفضت إلى تنوع الصفات ، وتعدد المصالح بشكل وسع من نطاقها وكادت تصل فيه فى بعض الأحيان إلى دعاوى الحسبة ، قيد مجلس الدولة من اطلاقه ، وحدد من نطاقه ، فتطلب لتوافر صفة الطالب أن يكون هذا الأخير إما ممن له صفة الطرف فى الدعوى الأصلية أى الدعوى الصادر فيها الحكم المطلوب تنفيذه ، أو يكون من المعنيين بالقرار الملغى بشكل مباشر، على التفصيل الآتى :

(١) أن تكون للطالب صفة الطرف فى الدعوى الأصلية :

١٠٩ - صفة الطرف فى الدعوى أوسع نطاقا من صفة الطاعن ، لأنها تشمل فضلا عن هذا الأخير وخصمه ، المتدخل فيها intervenant يستوى

(١) ROUX (M.): conclusions sur C.E 13 novembre 1987. Mme Tusiques et Marcaillou Rec p. 360

ل يكون تدخله انضماميا أم هجوميا . إذ هو بتدخله يكتسب نفس المركز الإجرائي للخصم الذي تدخل إلى جانبه [١] . وفي ايضاح ذلك يقول بعض الفقهاء . ويترتب على قبول التدخل في الدعوى اعتبار المتدخل طرفا في القضية القائمة أمام المحكمة له ما للمتداعين من حقوق فيكون له ابداء الطلبات وإجراء التحقيق . وعليه ماعليهم من التزامات ... ومن جهة أخرى يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة للمتدخل وحجة عليه باعتباره طرفا في الدعوى، وممثلا فيها لشخصه .. [٢] . ولعل ذلك يفسر سبب عدم قبول مفوض الدولة Roux في مذكرته سالفة البيان ، أن تكون صفة الطاعن أو المدعى هي الصفة التي يجب توافرها في الطالب حتى يقبل طلبه بالحكم على اساس أن ذلك يفضي لامحالة إلى عدم استفادة المتدخل في الخصومة من هذه الميزة الإجرائية لكفالة تنفيذ حكم يرتد بآثاره اليه بصفته طرفا فيها [٣] .

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة بقبول طلب إحدى شركات التأمين بالحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم تدخلت الى جانب المؤمن عليه (شركة كهرباء فرنسا) في الدعوى التي صدر فيها . أقيمت دعوى تعويض ضد مؤسسة كهرباء فرنسا وإدارة أحد الأقاليم . فتدخلت إحدى شركات التأمين في الدعوى إلى جانب مؤسسة الكهرباء . ولما قضى للمدعى بالتعويض ضدهما ، قامت شركة التأمين تنفيذا له بدفعه كاملا . غير أن ادارة الإقليم رفضت دفع حصتها من التعويض . على اثر ذلك تقدمت شركة التأمين بطلب الحكم عليها بغرامة تهديدية لإجبارها على التنفيذ ، ودفع المستحق عليها من التعويض المحكوم به . قبل مجلس الدولة هذا الطلب لسببين : أولهما أن المؤمن له صفة الطرف في الدعوى حال تدخله فيها إلى جانب المؤمن عليه ، والآخر أنه في

---

(١) أ.د. نبيل عمر : قانون المرافعات المدنية والتجارية . اسكندرية . دار الجامعة الجديدة للنشر . ١٩٩٩، ص ٣٧٢ : ٣٧٣ .

(٢) أ.د. أمينه النمر قانون المرافعات اسكندرية دون ذكر للناشر . ١٩٨٩. ص ٢٦٣.

(٣) ROUX conclusions precitees

هذه الحالة تولى سداد مبلغ التعويض كاملا ، مما ينشئ له مصلحة مادية حقيقية فى استرداد مادفعه حالا محل الإقليم ، مما يفضى إلى اجبار هذا الأخير علـــى التنفيذ تحت التهديد المالى [١] .

وعلى خلاف الوضع بشأن دعوى الإلغاء حيث أن صفة الممـــول – أى دافع الضرائب – يعتد بها فى قبول الطعن بالإلغاء فى القرارات الإدارية ســواء ماتعلق منها بتحديد مقدار الضريبة ، أو التى تصدرها المجالس المحلية بإنفـــاق الأموال المتحصلة من الضرائب [٢] ، نقول على عكس ذلك لايعتد بتلك الصفـــة فى قبول طلب الحكم لتنفيذ الأحكام الصادرة فى هذا النطاق طالمـــا لـــم يكـــن الممول طرفا فى الدعوى التى صدرت فيها [٣] . لم يكن الســـيد Marcaillou ولا السيدة Tusiques وهما من ممولى اقليم Loire- Atlantique طرفا أصليا ، ولا متدخلا فى دعاوى الإلغاء التى قضت محكمة نانت الإدارية فيـــها بإلغـــاء قرارات مجلسه العام بمنح قروض وإعانات لبعض المؤسسات التعليمية الخاصة بالأقاليم . ولما تقدما إلى مجلس الدولة بطلب الحكم بغرامة تهديديـــة لإلـــزام الإقليم بتنفيذ هذه الأحكام ، بما يترتب عليه من استرداد المبالغ التـــى دفعـــت كقروض أو إعانات ، رفض مجلس الدولة طلبهما على اعتبار أنهما لم يكونـــا طرفا فى دعاوى الإلغاء التى صدرت فيها الأحكام المطلوب تنفيذها وصفتـــهما كممولين للإقليم لاتكفى لقبول طلب الحكم بالغرامة ضده لإجباره على تنفيذها[٤]

ولايفوتنا أن نشير إلى أن صفة الطرف تعد صفة كافية لتقديـــم طلبـــات التنفيذ بوجه عام ، وطلبات الحكم بغرامة تهديدية فى الحالات التى يتوجب فيـــها تقديمها إلى المحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية على نحو مانصت عليه المادة

---

(١) C.E 10 février 1997. Union des assurences de paris. Rec. p. 1021.

(٢) انظر أ.د مصطفى أبوزيد فهمى : القضاء الإدارى ومجلس الدولة ... المرجـــع السابق . ص : ٣٥٢.

(٣) CHABANOL (D.): op.cit. p. 395.

(٤) C.E 13 novembre 1987. Mme. Tusiques etM. Marcaillou. Rec: p. 360. Concl Roux A.J 1987 P 766 R.D P 1988. P 1171

٨ - ٤ من التقنين . إذ تطلب المشرع ألا تقدم مثل هذه الطلبات إلا ممن كان طرفا فى الدعوى الأصلية على نحو ماقدمنا سلفا . ولعل هذا ما افضى بمحكمة باريس الإدارية إلى رفض طلب تنفيذ حكمها الصادر فى ٣ فبراير ١٩٩٥ بإلغاء قرار مدير بوليس باريس برفض منح ترخيص اقامة للسيدة Chen Vexing وذلك لأنه قدم من زوجها وابنها ، وهما لم يكونا طرفا فى الدعوى التى أقامتها بإلغاء هذا القرار ، والتى صدر فيها الحكم المطلوب تنفيذه ، وفقا للمادة ٨ - ٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية . وقد صرحت المحكمة قولا بأن هذا الطلب لايمكن قبوله فى هذه الحالة إلا إذا تقدمت به السيدة Chen Vexing ذاتها باعتبارها كانت طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المراد تنفيذه (١) .

(٢) أو أن يكون الطالب معنيا مباشرة بالقرار الصادر بشأنه الحكم :

١١٠ - قد لايكون الطالب طرفا فى الخصومة التى صدر بشأنهاالحكم المطلوب تنفيذه . ولكن هذا لايحول دون قبول طلبه شريطة أن يكون من أولئك الذين مس القرار الذى ألغاه هذا الحكم بمراكزهم القانونية (٢) . هنا يبدو واضحا أن صفة مقدم الطلب ليست هى صفة الطرف ، وإنما صفة المعنى بالقرار مباشرة . ولايكفى ، فى منطق مجلس الدولة ، أن يعنى القرار شخصا معنيا ، فهذا لايضفى عليه الصفة فى الطلب ، وإلا لكان معنى ذلك تعدد طلبات تنفيذ أحكام الإلغاء بشكل يصعب حصره ، إذ أن ما تتمتع به هذه الأحكام من حجية على الكافة ، يعدد أصحاب المصلحة فى تنفيذها ، وبتعددهم تتعدد طلبات الحكم بالغرامة . هنا استلزم مجلس الدولة أن يعنى القرار هذا الشخص مباشرة أى يؤثر تأثيرا مباشرا على مركزه القانونى تعديلا أو الغاء .

---

(١) T.A. Paris: 10 novembre 1995, Consorts X U. R.F.D Ad 1996. P 347

(٢) C.E 21 février 1996. M Cruveiller J.C A 1997 P 23

وعلى ذلك فإن هده الصفة وقد أحدثه مجلس الدولة لأول مرة بمناسبة طلبات الحكم بالغرامة . من ابرر مايميزها أنها أضيق نطاقا من صفة صاحب المصلحة المباشرة فى شأن دعوى الإلغاء ، إذ أن هذه الأخيرة ، وفقا لقضاء المجلس التقليدى ، تتسع لتصل إلى حد الإعتداد بصفة الساكن والمقيم فى ضاحية معينة ، وصفة الممول الضريبى الإقليمى على نحو ماتؤكد أحكامه، وتفصل كتب الفقه فى هذا الشأن • إذ أن تلك الصفات إن كانت يعتد بها لقبول الطعن بالإلغاء ، إلا أنها ليست كذلك لقبول طلبات بالحكم بالغرامة ، وإلا لو كانت كافية لما رفض مجلس الدولة طلب الممولين الحكم بها كما سلف البيان ، وهما باتفاق أصحاب مصلحة فى اقامة دعوى الإلغاء ، وسبب الرفض أنهما لم يكونا طرفا فى الخصومة من جهة ، ولامعنيين مباشرة بقرارات المجلس البلدى بمنح القروض والمساعدات التى ألغيت قضائيا [1] .

لاجرم أن تطلب تلك الصفة محاولة يقترب بها مجلس الدولة فى نطاق طلبات التنفيذ نحو شرط المصلحة التى يجب توافره لقبول دعاوى الحقوق أو الدعوى المدنية بوجه خاص ، ويبتعد بها عن مفهوم المصلحة الموسع فى نطاق دعوى الإلغاء وهذا مرده إلى حرصه على ضرورة التطابق بين الشخص الذى مس القرار الملغى مركزه وبين طالب الغرامة ، وأنه ذات التطابق الذى يتوجب لتوافر المصلحة فى دعاوى الحقوق بين صاحب الحق المقامة عنه تلك الدعوى، وبين رافعها . وسبب هذا الحرص رغبة المجلس فى الحد من طلبات الغرامة التهديدية حتى لايتسع مجال اعمالها مما يؤدى فى النهاية إلى افلاس خزينة الإدارة ، واتخاذها سبيلا للإثراء على حسابها . فأراد مدفوعا بتلك الرغبة قصرها على من مسهم القرار الملغى بصورة فعلية دون أولئك الذين لم يتعلق بهم ممن لهم ظل من مصلحة فى اقامة دعوى الغاء تلك القرارات . انها ذات الروح التى افضت بالمشرع الى أن يقصر طلبات تنفيذ الأحكام سواء بتوجيه الأوامر أو بالحكم بغرامة تهديدية ، على أحكام المحاكم الإدارية العادية

---

(١) SCANVIC (M.) conclusions sur C.E 27 janvier 1995 Melot. R.D.P. 1995 P 535

والإستئنافية على من له صفة الطرف فى الدعوى الصادر فيها الحكم تنفيذه فحسب وفقا للمادة ٨ -٤ من التقنين على نحو ماقدمنا . وبذلك تكون صفة المعنى بالقرار صفة مقصورة على طلبات الحكم بالغرامة فيما يدخل فى اختصاص مجلس الدولة ، إذ أن هذا بمفهوم المخالفة للنص السابق لايجرى سريانه على الطلبات التى تقدم لتنفيذ أحكام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، إذ أن تلك الصفة المطلوب فيها هى صفة الطرف فحسب .

كان السيد Gerard Melot موظفا متعاقدا مع وزارة الزراعة يوم أن صدر قانون ١١ يناير ١٩٨٤ الذى مادته ٧٩ تلزم الحكومة باتخاذ الإجراءات اللائحية اللازمة لتحويل الموظفين المتعاقدين إلى موظفين دائمين ضمن مجموعات بعض الوظائف الأساسية ، غير أن الوزارة لم تتخذ هذه الإجراءات، فتقدم بعض هؤلاء الموظفين إلى وزير الزراعة بطلب فى هذا الشأن ، غير أنه التزم الصمت ، مما مثل قرارا ضمنيا بالرفض كان من أثره أن أقاموا عليه طعنا أمام مجلس الدولة الذى الغاه بدوره بحكمه الصادر فى ٨ يوليه ١٩٩٢ ، وإزاء عدم استجابة الوزارة إلى حكم الإلغاء ، تقدم بعض أطراف دعوى الإلغاء بطلب الحكم بغرامة تهديدية ضدها ، وقبل المجلس طلبهم باعتبارهم طرفا فى هذه الدعوى [١] ، غير أن السيد Melot تقدم بعد ذلك بطلب آخر ، وهو لم يكن طرفا ولا ممثلا فى تلك الدعوى . وإنما كان من أولئك الذين تتوافر فيهم شروط تطبيق النص السابق . وهذا معناه أن قرار رفض تطبيقه يؤثر على مركزه الوظيفى تأثيرا مباشرا ، ولذا عده المجلس من المعنيين بذلك القرار ، وقبل على اثر ذلك طلبه . وفى ذلك يقول ... اعتبارا بأن السيد Melot يطلب من مجلس الدولة الحكم على الدولة بغرامة تهديدية ألف فرنك يوميا بغرض تنفيذ حكم ٨ يوليه ١٩٩٢ الذى ألغى بمقتضاه مجلس الدولة ، وبناء على طلب السيدة والسيد Montard وآخرين .. قرارات الرفض الضمنية لطلبهم باتخاذ الإجراءات اللائحية اللازمة لتطبيق المادة ٧٩من قانون

---

(١) C.E 11 mars 1994. Soulat A J 1994 P 388

C.E 11 mars 1994 Bouvin Rec p 115

١١يناير ١٩٨٤ التى تنطوى على قواعد تنظيميه تتعلق بالوظيفه العامة بالدولة ... وإذا كان الطالب لم يكن طرفا فى النزاع الذى حسمه الحكم المطلوب تنفيذه ، فإنه يعتبر معنيا بالقرارات الضمنية التى ألغيت بشكل مباشر ، مما يستوجب قبول طلبه بالحكم بغرامة تهديدية [١] . وهذا على خلاف الموظف المتعاقد فى وزارة أخرى غير وزارة الزراعة ، إذ أنه لم يكن معنيا بقرارات وزير الزراعة بالرفض التى ألغاها مجلس الدولة ، ولذا يكون طلبه مرفوضا لانتفاء هذه الصفة [٢] .

(٢) خصوم الطلب :

١١١ - لاتقتصر الصفة فى تطلبها لقبول طلب الحكم بغرامة تهديدية على الطالب فحسب ، وإنما يلزم أن يكون الخصم أيضا تتوافر فى شأنه صفة توجيه الطلب ضده . إذ وفقا للمادة الثانية من قانون الغرامة التهديدية والمادة ٨ - ٢ من التقنين لابد أن يكون أحد الأشخاص الإعتبارية العامة ، أو الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام .

وتحديد الأشخاص الإعتبارية العامة يجرى وفقا لأمرين : تعداد حصرى، وآخر وصفى . والأول هو تحديد تقليدى وفقا له تتنوع هذه الأشخاص إلى أنواع ثلاثة : الأشخاص العامة الأقليمية ومثلها الدولة - بما يندرج تحتها من وزارات مختلفة والمحافظات والمراكز والمدن والأقسام وغيرها من الوحدات المحلية [٣]، ثم الأشخاص العامة المرفقية ، ومثلها

---

(١) C.E 27 janvier 1995. Gérard Melot. Rec: p. 52. A.J. 1995. P. 157. R.D.P. 1995. P 535. Concl: Scanvic.

C.E. 21 février1996. Mme: Virion: J.C. A. 1997. P. 23.

(٢) C.E. 21 février 1996. M. Gonon. J.C.A. 1997. P. 23.

(٣) من أمثلة طلبات الحكم بغرامة تهديدية التى قبلت ضد هذه الأشخاص لتوافر صفة الشخص الإعتبارى العام :

C.E. 15 oct. 1986 Mme leroux – A.J. 1986. P. 716.

C.E 17 mai 1985 Mme Menneret Rec p. 149. Concl: pauti.

المؤسسات العامة فى فرنسا ، والهيئات العامة كالجامعات [١] . وأخيرا الأشخاص العامة المهنية كالنقابات المهنية المختلفة . أما التعدد الوصفى فيعتمد على تحديد أوصاف مايعد شخصا اعتباريا عاما ، ثم يجرى تطبيق هذه الأوصاف على الجهة المراد اقامة الطلب ضدها لمعرفة ما إذا كانت شخصا عاما فعلا أم من أشخاص القانون الخاص . ووفقا للمعيار المستقر قضائيا تتمثل تلك الأوصاف فيما تتمتع به هذه الجهة من امتيازات السلطة العامة فى تصريف شئونها ، من أبرزها مايعترف لها من سلطة اصدار قرارات ملزمة ، وما لها من حق فى فرض تنفيذها جبرا على المخاطبين بها ، مثل صندوق الضمان الإجتماعى [٢] .

وعلى نحو ماذكرنا سلفا كان نطاق سريان الغرامة مقصورا على الأشخاص الإعتبارية العامة ، إذ لم يكن يجوز تقديم طلبات توقيعها إلا ضدهم فحسب ، دون الأشخاص الإعتبارية الخاصة حتى المكلفة بإدارة مرفق عام [٣]. غير أن هذا الوضع كان منتقدا ، لاسيما وأن تلك الأشخاص يتمتع بامتيازات الأشخاص الإعتبارية العامة وتقوم على تسيير وإدارة مرافق الدولة ، مما يستتبع خضوعها لذات النظام القانونى لتنفيذ الأحكام الذى يخضع له الأشخاص العامة . ولذلك بمقتضى قانون ٣٠ يوليه ١٩٨٧ اصبح يشملها تطبيق هذا النظام ، وتوافرت لها صفة توجيه طلب الحكم بالغرامة ضدها .

ولانتفاء صفة الشخص العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام رفضت محكمة استئناف باريس الإدارية طلب الحكم بغرامة تهديدية ضد أحد

---

(١) ومن أمثلة الأحكام الصادرة بقبول طلبات الحكم بغرامة تهديدية ضد المؤسسات العامة :

C.E. 14 janvier 1987. Mell Lucoin. Rec: p. 5. D. 1987. P, 21.

(٢) COSTA (J.P.): L'execution des décisions de justice. A.J. 1995 – Numero Special du cinquantenaire P. 227.

(٣) C.E 17 octobre 1986, Martin. Rec: p. 234 concl: Roux. R.F.D. Ad. 1987. P.244. note: Prêtot

أشخاص القانون الخاص لتنفيذ حكم تعويض صدر ضده من محكمة باريس الإدارية ، وقالت في ذلك . إن نص المادة ٨ - ٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية التي أدخلت بمقتضى القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥ الصادر في ٨ فبراير ١٩٩٥ لايعترف للقاضي الإدارى بسلطة الحكم بغرامة تهديدية إلا ضد الشخص الإعتبارى العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام وفقا للمادة ٨ – ٢ من ذات التقنين . وعلى ذلك فإنه لايمكن قبول طلب الحكم بغرامة تهديدية ضد أحد أشخاص القانون الخاص غير المكلف بإدارة مرفق عام لإجباره على تنفيذ حكم التعويض الصادر ضده من المحكمة الإدارية [١] .

ثالثا: مدى جواز تقديم أكثر من طلب للإجبار على تنفيذ ذات الحكم:

١١٢ – أثارت قضية السيد Melot تساؤلا حول مدى إمكانية تقديم أكثر من طلب غرامة تهديدية لحمل الإدارة على تنفيذ حكم واحد . إذ أنه وعدد من زملائه تقدموا إلى مجلس الدولة بعدة طلبات بهذا الشأن لإجبار وزارة الزراعة على تنفيذ حكمه بإلغاء قرارها برفض اتخاذ الإجراءات اللائحية اللازمة لتطبيق قانون ١١ يناير ١٩٨٤– وأثير بشأن ذلك تساؤل اخر عما إذا كان قاضي الغرامة يستنفد ولايته بمجرد الحكم بها أم أن له أن يقضي بأكثر من غرامة بقدر عدد الطلبات التي تقدم إليه لهذا الغرض ؟ .

في المسألة وجهات نظر متعددة ، يستقر كل منها على رؤية خاصة لنص المادة الثانية من قانون الغرامة التهديدية ، ومايستوجبه تطبيقه ، نعرض أهمها ، ثم نبين أخيرا الموقف الذى تبناه مجلس الدولة :

(١) الرأى الأول :

١١٣ – يرى البعض أنه لايجوز لقاضي الغرامة قبول أكثر من طلب للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم واحد ، ويعتنقون بهذا الرأى مبدأ طلب عن كل حكم فحسب . ويستند أنصار هذا الرأى فيما ذهبوا اليه إلى حجتين :

---

(١) CAA Paris 28mai 1996 S.A.R.L. Media cinéna Aménagement. Rec p 1111

احداهما قانونية ، والأخرى مادية . ومفاد الأولى أن المشرع فى المادة الثانية من قانون الغرامة حين نص على أنه فى حالة عدم تنفيذ حكم ادارى يمكن لمجلس الدولة الحكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذه ، استخدم أداة التنكير الدالة على المفرد (une) قبل كلمة الغرامة ، وإيثار المشرع لأسلوب المفرد هذا دليل على رغبته فى الا يحكم إلا بغرامة تهديدية واحدة فحسب ، ولو كان يريد أن يحكم القاضى بأكثر من غرامة تهديدية لما عجز عن أن يصرح بذلك اتباعا لأسلوب الجمع لا المفرد .

أما عن الحجة المادية فهى تعكس التخوف من الأثر المترتب على تعدد طلبات الحكم بالغرامة من ضعف ميزانية الإدارة ، وإثراء المحكوم لهم بها على حسابها . ويدللون على ذلك بأن مجلس الدولة حكم بغرامة تهديدية فى امتناع وزارة الزراعة عن تنفيذ حكمه بإلغاء قراراتها بعدم اتخاذ الإجراءات اللائحية اللازمة لتطبيق قانون ١١ يناير ١٩٨٤ بألف فرنك يوميا بما يعادل ٣٠٫٠٠٠ فرنك فى الشهر ، وهذا يصل الى ٣٦٥٫٠٠٠ فرنك سنويا، وإذا حكم للألف والخمسمائة موظف الذين يعنيهم نفس الحكم بذات الغرامة لكان هذا معناه ملايين من الفرنكات ستدفع سنويا لمجرد التأخير فى تنفيذ حكم . وهذا ولاشك بالغ الأثر السئ على ميزانية الدولة . ويزداد الأمر سوءا بالنسبة لميزانية الوحدات المحلية التى تعانى فى الغالب أزمات مالية مرهقة (١)

(٢) الرأى الثانى :

١١٤ - يرى أنصار هذا الرأى أنه ليس هناك مايمنع تعدد طلبات الحكم بالغرامة لكفالة تنفيذ حكم واحد . كما أن القاضى لايستنفد اختصاصه بمجرد الحكم بالغرامة أول مرة ، وإنما يظل متصلا بها حتى يجرى تصفيتها وهذا معناه أنه إذا استشعر عدم كفايتها لفرض احترام الحكم على الإدارة ، وحثها على تنفيذه ، فإنه يراجع مقدارها الذى حكم به أول مرة ، ويعيد

---

(١) TOUVET(L.) et STAHL (J.H.): chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1995. P. 104.

تقديرها مرة أخرى وصولا إلى قيمة يراها كافية للقضاء على ممانعتها . والزعم بأن المشرع استخدم صيغة المفرد بقصد منع القاضى بالحكم بأكثر من غرامة هو زعم خاطئ ؛ ذلك لأن هذه الصيغة هنا أبعد ماتكون عن فرض حظر على القاضى بألا يقبل أكثر من طلب لضمان تنفيذ ذات الحكم .

هذا إلى أن الرجوع إلى المادة الثانية من قانون الغرامة يتجلى منها أن المشرع لايحظر التعدد إن كان يستلزمه القضاء على عنت الإدارة ، والتغلب على توانيها فى التنفيذ ، فقد قدر أن الغرامة وسيلة مخولة إلى القاضى تسمح له بإجبار الإدارة على تنفيذ حكمه . وهذا معناه أنه يترك له أمر تقدير قيمتها على النحو الذى يراه كافيا لتحقيق هذا الغرض ، وكما أن المشرع ترك ذلك لتقدير القاضى ، فإنه لايكون هذا الأخير ، لاملزما بعدد محدد من المرات يحكم فيها بتلك الغرامة ، ولابقيمة معينة يتوقف عندها. ولذا فإن النص لابصريحه ولابمقتضاه يحظر على القاضى قبول أكثر من طلب للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ ذات الحكم ، طالما أنه قدر ضرورة ذلك لكفالة تنفيذه تبعا لظروف الحال، ومجموعة العناصر المتعلقة بالدعوى (١).

(٣) رأينا فى الموضوع :

١١٥ - يعيب الرأى الأول مغالاته فى تفسير نص المادة الثانية من قانون الغرامة ، فقد وقف عند ظاهر النص دون أن يبحث فى روحه، تلك التى تكشف عن اتجاه المشرع إلى أن الغرامة ليست إلا وسيلة اجبار على احترام الأحكام القضائية ، لاتحسب بالوحدة ولا بالتعدد ، بقدر مايعتد فى شأنها والحكم بها بفاعليتها على تحقيق غرضها . ولم يدر بخلد المشرع حين استعمل أسلوب التنكير أو صيغة المفرد ، أن ذلك قد يفضى بأن يحمل قصده على الوحدة لا التعدد ، وإلا لاستعان بأساليب تدل على مقصده التى يكشف عنها روح تشريع الغرامة ، ورغبته فى أن تكون أداة فعالة للتنفيذ بغض النظر عن

---

(١) SCANVIC (M.) : conclusions sur C.E 27 janvier 1995. M. Gerard Melot. R.D.P. 1995. P. 535.

تعددها من عدمه . هذا إلى أن التنكير فى الأصل اللغوى دليل على الشمولية والتعدد ، ولذا فالإحتكام اليه فى التفسير يفضى قطعا إلى القول بأن الأصل هو التعدد لا الإفراد .

هذا إلى أن الحجة المادية ليست بحجة مقنعة قدر هول الآثار المترتبة عليها ، إذ أن خطورتها لاتعود إلى الغرامة التهديدية ذاتها أو إلى تعددها أو أفرادها ، وإنما إلى تصرف الإدارة المستعلى على تنفيذ الأحكام . فالإدارة هى التى تجسم أثرها ، وتضاعف بتعنتها من قيمتها ، وإلا لو كانت نفذت لما كان هناك حاجة إلى الحكم بها مطلقا ، أو أن كانت قد امتثلت لأفضى ذلك على الأقل إلى التقليل من قيمتها . إن سوء تصرف الإدارة ولاشك هو الذى يؤدى إلى أن ترتب الغرامة آثارها المالية الجسيمة ، وليست الغرامة ذاتها تعددت أو أفردت ، وهذا ماتدلل عليه مفوضة الحكومة Denis – Lintor فى تقريرها فى قضية Soulat أن رغم تعدد الحكم على الإدارة بأكثر من غرامة إلا أنها لم تقم بمجرد البدء فى اتخاذ خطوات إعداد النصوص اللائحية اللازمة لتطبيق قانون ١١ يناير ١٩٨٤ ، بل ولم تعلن حتى عن نيتها فى اتخاذ هذه الإجراءات. ولعل هذا مايؤكد أن مبلغ الغرامة مهما كان كبيرا إلا أنه أقل من أن يجبر الحكومة على أن تضع نهاية لموقفها المتعنت فى التنفيذ (١) .

إن الحرص لابد أن يكون فى جانب مبدأ المشروعية وسيادة القانون لا فى جانب الإدارة وماليتها . وهذا يتوجب حماية هذا المبدأ مهما كان الثمن وطالما أن الإدارة لم تعبأ به ، ومضت فى غيها ممتنعة عن التنفيذ ، فإنها تكون قد خلقت للقاضى مبررا لملاحقتها بأحكام عديدة حتى تصدع للحق وتفئ اليه بتنفيذ الحكم . فى هذه الحالة تكون الغرامة قد حققت رسالتها التى جعل المشرع القاضى قواما على رعايتها وفقا لما يراه مناسبا لتحقيقها . ويزكى البعض هذه الرؤى بماذهب اليه من أن قيمة الغرامة التهديدية تعتبر زهيدة إذا

---

(١) DENIS – LINTON : conclusions sur C.E 11 mars 1994. Soulat J.C.P. 1944. 2. 22333.

ماقورنت بالأهداف التى تقوم على رعايتها ، وإذا كان البعض يراهـــا قليلـة القيمة ، فإنه يمكن الرد على ذلك بأن عدم التنفيذ باهظ الثمن بشـــكل لايمكـن تخيله ، لأن معناه أن تضرب عرض الحائط بكل المبادئ التـــى قـام نظـام الغرامة التهديدية على ضمان احترامها (١) .

(٤) موقف مجلس الدولة :

١١٦ - لم يشأ مجلس الدولة أن يضيق على المتقاضين وفـــى التشـريع سعة ، فأعرض عن تطبيق ماينادى به أنصار الرأى الأول بألا يحكم إلا بغرامـة واحدة لكفالة تنفيذ الحكم . ولذا نراه يقبل طلبين بالحكم بغرامة تهديدية لإلـــزام وزارة الزراعة بتنفيذ حكمه الصادر فى ٢٤ يونيه ١٩٩٢ سالف الذكر ، قدرهـا ألف فرنك يوميا فى حكمين متتاليين أولهما للسيد Boivin (٢) ، والآخر لزميلـه Soulat (٣) . عقب ذلك قدم Melot طلبا ثالثا للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم ذاته . ويرفض مجلس الدولة هذه المرة طلبه . ولم يكن الرفض لسبق الحكم بها أكثر من مرة عن ذات الحكم ، وإنما لأن الظروف التى أحاطت بالطلب الجديد كانت لاتستوجب قبوله هذه المرة . فكما ذكرنا أن تقدير الحكم بالغرامة لأكـــثر من مرة مسألة يستقل بها القاضى تبعا لما يراه من استمرار عنت الإدارة فـــى التنفيذ ، ومحاولتها لإعاقته رغم الحكم الصادر بالغرامة ضدها (٤) . تواكبت مع الطلب الجديد فى هذه المرة تصفية الغرامة المحكوم بها فى المرتين السابقتين

---

(١) LASCOMBE (M.) et autre : note Sous C.E. 11 mars 1994. Soulat J.C.P. 1994. 20 22333.

(٢) C.E 11 mars 1994, M. Boivin. J.C.P. 1994-2.22333. note: Lascombe et Vandendrissch.

(٣) C.E 11 mars 1994. M. Soulat. A.J. 1994. P. 388.

(٤) Rapport Public du conseil d'Etat 1995. E.D.C.E. 1995. No: 47. P. 442.

تتابعا [١] . وكان على اثر ذلك أن وزارة الزراعة اتخذت الخطوات الإيجابية لإصدار القرارات اللائحية اللازمة لتطبيق المادة ٧٩ من قانون ١١ يناير ١٩٨٤ تنفيذا لحكم مجلس الدولة آنف الذكر . والظروف على هذا النحو تقطع بأنه لامحل مرة ثالثة لطلب الحكم بالغرامة من جديد [٢] .

ومرة أخرى ، وتقديرا لذات الظروف ، يرفض مجلس الدولة طلب ذى الشأن بالحكم بغرامة تهديدية لإجبار الحكومة على تنفيذ حكم محكمة ادارية بإلغاء رفض وزير التعمير دفع بعض المستحقات المالية للموظفين المتعاقدين للعمل بالوزارة ، وكان مجلس الدولة قد حكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ هذا الحكم بناء على طلب بعضهم سلفا ، ولما أحدث حكم الغرامة أثره ، فإنه لاتكون هناك ضرورة للحكم ضد الدولة بغرامة تهديدية جديدة ، مما يستوجب رفض الطلب [٣] .

الفرع الثانى

طلب المساعدة فى التنفيذ كإجراء للحكم بالغرامة.

تمهيد :

١١٧ - لايطلب ذو الشأن وفق هذه الحالة الحكم بغرامة تهديدية ، وإنما يلجأ إلى قسم التقرير والدراسات يلتمس تدخلا فعالا لتذليل الصعاب التى تحول دون تنفيذ حكمه ، أو العقبات التى تضعها الإدارة حائلة دون تنفيذه . وتتابع الإجراءات حتى يصل الأمر إلى مجلس الدولة الذى لايجد مناصا من

---

(١) C.E 6 janvier 1995, M. Boivin . A.J. 1995. P. 158.
C.E 27 janvier 1995, M. Soulat. R.D.P. 1995. P. 534.

(٢) C.E 27 janvier 1995. M. Melot. A.J. 1995. P. 157. R.D.P. 1995. P. 540. Concl: Scanvic.

(٣) C.E 16 juin 1997. Boarlen. Rec: p. 1021.

الحكم . حقا إن ذا الشأن لم يطلب الحكم بها ، وإنما كان طلبه مقصورا على المساعدة فى التنفيذ صراحة ، أنه على أى حال المعنى الذى انصرفت اليه إرادة المشرع فى المادة الثانية من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ من أنه لمجلس الدولة فى حالة عدم تنفيذ حكم ادارى ، الحكم ، ولو بصفة مباشرة بغرامة تهديدية .

وإذا كان طلب المساعدة فى التنفيذ يؤول على هذا النحو إلى الحكم بغرامة تهديدية بغير طلب ، إذ يفضى إلى أن مجلس الدولة يحكم بها من تلقاء نفسه ، فإنه يثير فى تطبيقه أمورا ثلاثة : مدى تعارضه مع مبدأ : لايحكم القاضى بما لم يطلبه الخصوم ، ونطاق تطبيقه ، وأخيرا نظامه الإجرائى .

أولا : مدى تعارض الحكم بالغرامة بغير طلب مع مبدأ لايحكم القاضى بما لم يطلبه الخصوم :

١١٨ - **الأصل أن القضاء ولاية لاتمارس بغير طلب ، فالطلب هو الإجراء الذى يعطى القاضى المسوغ القانونى لممارسة وظيفته القضائية . ويترتب على ذلك أثر هام ، أنه لايجوز للقاضى أن يقضى من تلقاء نفسه d'office ، حتى ولو كان متيقنا من صحة مايقضى به قانونا ، لأنه حالئذ سيكون قد قضى بعلمه الشخصى ، وهذا لايجوز . ومن وجهة أخرى لايحق له ، حال أن يحكم فيما طلبه الخصوم ، أن يذهب إلى ماوراء ماطلبوا فيقضى بأكثر منه ultra petita [١] ، ولايقف عند ماهو دونه فيقضى بأقل منه infra petita [٢] .**

غير أنه فى بعض الحالات يرخص المشرع للقاضى - أو يوجب عليه - أن يتصدى بحكم من تلقاء نفسه لمسائل لم تكن محلا لطلبات المتداعيين. ويكون ذلك حتى ولو لم تثر فى دفوعهم . وهذا مرجعه تقديره لأهميتها ، وقدر

---

(١) C.E 6 mai 1988. Epoux cozette. Rec: p. 959.

(٢) C.E 26 février 1988. Office.HLM de Villeneuve-Sainte Georges. D. A. 1988. P. 262.

اتصالها بالنظام العام على نحو تربو معه إلى مكانة تحول دون أن يترك أمرها لتقدير الخصوم .

ونظرا لأن تنفيذ الأحكام تكون لها ذات الطبيعة ، لارتباطه بالحجية التي لها مكانة المبادئ الدستورية (١) . وترقى مكانة في القضاء الإدارى تسمو حتى على قواعد النظام العام ذاتها . إذ تقول المحكمة الإدارية العليا بأن .... حجية الشئ المقضى به تسمو على قواعد النظام العام (٢) . وتقول محكمة القضاء الإدارى تدليلا على ذلك جميعه بأن .... امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم يرتب مسئوليتها ، لأنه يعتبر اجراء خاطئا ينطوى على مخالفة أصل من الأصول القانونية وهو احترام حجية الشئ المقضى به ، والذى من شأنه إشاعة الطمأنينة واستقرار الأوضاع ، وإحاطة القضاء بسياج من الحماية (٣) .

إذن ، لما كان ذلك كذلك ، وكانت الغرامة التهديدية وسيلة مباشرة لتنفيذ الأحكام ، إذ غايتها كفالته ، فإن للقاضى أن يحكم بها مباشرة حتى ولو لم يوجد نص يجيز ذلك ، أو لم يطلبه الخصوم صراحة .

ولعل تلك الإعتبارات هى التى حدت بمحكمة النقض الفرنسية إلى أن تجيز للقاضى العادى الحكم بها مباشرة ، قبل أن يقررها المشرع لأول مرة بمقتضى قانون ٥ يوليه ١٩٧٢ الذى عدل بقانون ٩ يوليه ١٩٩١ (٤) . ويوضح بعض الفقهاء ذلك بقوله أن الإعتراف للقاضى بالحكم مباشرة لايخل بالمادة ٥

---

(١) VANNAKOOLOS (C.): la notion de droits acquis en droit administratif française. Paris. L.G.D.J. 1997. Préface de Gaudmet. P. 49.

(٢) المحكمة الإدارية العليا : ٧ يناير ١٩٦١. الطعن رقم ١١٥٧ لسنة ٩ القضائية . مجموعة الخمسة عشر عاما (١٩٦٥ - ١٩٨٠) الجزء الثانى . ص : ١٠٩٤.

(٣) محكمة القضاء الإدارى : ٢ ديسمبر ١٩٥٦. الدعوى رقم ١٥٢٨ لسنة ٦ القضائية . مجموعة السنة الحادية عشر . ص : ١٠٠.

(٤) TERRE (F.) et autres : Droit civil: les obligations. Paris. Dalloz. 5e edition. 1993. P. 781.

من تقنين المرافعات المدنية الجديد التى تحظر على القاضى أن يقضى بأكثر مما طلبه الخصوم ، وذلك لأن القاضى حين يحكم بها لايضيف جديدا إلى طلبات الخصوم ، وإنمايستهدف فحسب بالحكم بها ، كفالة تنفيذ ماقضى به . ولعل هذا مايفسر جواز الحكم بها مباشرة ولأول مرة فى الإستئناف [١] .

ثانيا : النطاق العضوى لنظام الحكم بغير طلب :

١١٩ – للحكم مباشرة – أى بغير طلب صريح بالغرامة – نطاق عضوى لايتجاوزه . إذ هو وفقا للمادة الثانية من قانون الغرامة مقصور على مجلس الدولة دون غيره من جهات القضاء الإدارى ، فلا يجوز ذلك للمحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية . بل إن لتلك المحاكم ، وفقا للمادة ٨ – ٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ، إحالة الطلبات التى يقدمها اليها ذوو الشأن لكفالة تنفيذ أحكامها إلى مجلس الدولة للفصل فيها . وحالئذ يكون لهذا الأخير أن يقضى فى حدود طلبات الخصوم ، سواء بأوامر مجردة يقتضيها التنفيذ ، أم بأوامر مقترنة بغرامة تهديدية يستوجبها .

وهذا الإستئثار المقصور على مجلس الدولة يعكس أولى مظاهر التمايز بين الغرامة فى المجال الإدارى ، ونظيرتها فى القانون الخاص . إذ أن الحكم بهذه الأخيرة لايكون حكرا على قاض معين، وإنما لكل قاض هذه السلطة . إذ تنص المادة ٣٣ من قانون ٩ يوليه ١٩٩١ – وقبلها المادة ٥ من قانون ٥ يوليه ١٩٧٢ – على أن لكل قاض ، ولو مباشرة ، أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكمه .

ويقول شراح القانون تفسيرا لهذا النص أنه يسرى على جميع قضاة القضاء العادى سواء كان القاضى المدنى أو التجارى ، أو الجنائى – حال أن

---

(١) DONNIER (M.) : Voiex d'execution et procedures de distribution.Paris. Litec. 4e edition. 1996. P. 90.

DU RUSQUEC (E.): Astreintes provisoires. J.C. pr. civ. 1994. fas: 2130. p. 8 et ss.

يحكم بالتعويض فى الشق المدنى المرتبط بالدعوى الجنائية التى يفصل فيها – أم المحاكم العمالية ، أو هيئات التحكيم ، أو قاضى الأمور المستعجلة . ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد ، وإنما يتعداه إلى الإعتراف لغير القاضى مصدر الحكم بأن يقضى بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ حكم صدر عن قاض آخر ، كما هو الحال بالنسبة لقاضى التنفيذ [١] .

وقد يتساءل البعض لما آثر المشرع مجلس الدولة بالحكم بالغرامة مباشرة دون المحاكم الإدارية عادية كانت أم استئنافية ، ولما هذه المغايرة فى التنظيم الذى فرق به بين الغرامة الإدارية والمدنية ؟ . يعود ذلك فى حقيقة الأمر إلى سببين : أحدهما فنى والآخر قانونى ، تتجسد فيهما رغبة المشرع فى أن يحقق بذلك تنفيذ سريع وفعال للأحكام الإدارية . فمن جهة السبب الفنى أن مجلس الدولة يكون اقدر على تلك التبعة من محاكم القضاء الإدارى الأخرى. وليس مرجع هذه القدرة تفوقه عنها فى الكفاءة القانونية ، وإنما مردها سهولة اتباع الإجراءات الإدارية التى تسبق الإلتجاء إلى الإجراءات القضائية . إذ أن السياسة التى اتبعها المشرع فى هذا الشأن تقوم على اساس أن تنفيذ الحكم يجرى على مرحلتين : مرحلة إدارية ، وأخرى قضائية . والأولى منهما يتولاها قسم التقرير والدراسات ، وهو أحد الأقسام التابعة لمجلس الدولة ، إذ يتخذ الإجراءات الودية للإتصال بالإدارة المعنية بعد أن يقدم له ذو الشأن طلب المساعدة فى التنفيذ ، أملا فى تنفيذ الحكم دون اتباع الطريق القضائى بنقل الأوراق إلى القسم القضائى بمجلس الدولة . فإذا نجحت مساعيه وتم التنفيذ فى تلك المرحلة ، كان فى ذلك الغناء عن الإلتجاء إلى الإجراءات القضائية . وإذا كان العكس تنتقل الأوراق إلى القسم القضائى لمجلس الدولة للحكم بالغرامة مباشرة . إذن وجود قسم التقرير بمجلس الدولة يمثل مناط القدرة لدى هذا الأخير ، ويفسر سبب استئثاره بالحكم بالغرامة مباشرة ، ولهذا فإن انفراد مجلس الدولة بتلك السلطة يفضى لامحالة إلى الإختصار فى الوقت ، والإقتصاد

---

(١) DONNIER (M.) : op. cit. P. 89.

فى الإجراءات [١] . إذ لو عهد بتلك السلطة إلى المحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية ، فإن بعد مقرها عن قسم التقرير ، سوف يفضى إلى انفاق المزيد من الوقت وتطلب العديد من الإجراءات . وهذا يحول دون تحقيق الغاية التى قصدها المشرع من تطبيق نظام الغرامة فى المجال الإدارى من حيث سرعة التنفيذ ومرونة اجراءاته [٢] .

ومن ناحية السبب القانوني ، أن هذا الإستئثار قصد به ، وعلى نحو ما أوضحت الأعمال التحضيرية لقانون الغرامة ، أن يتفادى ذو الشأن الطعن فى الحكم الصادر بالغرامة أو برفضها أو بتصفيتها حال تحقق مقتضيات التصفية ، سواء بطريق الإستئناف أو النقض أمام مجلس الدولة . وذلك إذا ماعهد للمحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية بسلطة الحكم مباشرة بالغرامة ، إذ أن كل حكم ستصدره بالغرامة أو برفضها أو بتصفيتها أو برفض تصفيتها سيكون مآله الطعن أمام مجلس الدولة استئنافا – فى غير الحالات التى تدخل فى نطاق الإختصاص النوعى لمحاكم الإستئناف الإدارية – أم نقضا . وهذا ولاشك يكون من اثره إطالة الإجراءات ، وتباعد الوقت بين صدور الحكم الأصلى ، وتنفيذه بشكل يحول دون تحقيق تنفيذ فعال وسريع للأحكام . ومن هنا فإن فى استئثار المجلس بتلك السلطة اختصارا زمنيا ، واقتصادا إجرائيا [٣]

ثالثا : النظام الإجرائى للحكم بالغرامة التهديدية بغير طلب :

١٢٠ – لاتتجرد هذه الحالة من الطلب مطلقا ، فأثره لازال جليا خلالها، إذ لايتحرك مجلس الدولة من تلقاء نفسه بالمعنى الحقيقى للتحرك التلقائى . حقا أن ذا الشأن لايكون محل طلبه الحكم بالغرامة ، ولكنه كما ذكرنا يلتمس

---

(١) LONG (M.) et autres : les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris. Dalloz. 1996. P. 708.

(٢) LINOTTE (D.) : Execution des decisiens de justice admuninstrative et astreintes en matiére administrative, J.C.P. 1981 –1-3011.

(٣) ELISABETH (B.B.) : L'astréinte en matiere administrative D. 1981. P. 99.

تدخلا من قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة لتذليل عقبات ادارية حالت دون تنفيذ الحكم الصادر لصالحه . وتتداعى الإجراءات إلى أن يصل الأمر إلى مجلس الدولة فيحكم بالغرامة . إذ أن الطلب هو نقطة البداية للتتابع الإجرائى وصولا إلى الحكم بالغرامة . وهذا مايدعونا إلى القول بأن دوره لايخبو حتى فى تلك الحالة . وهو أيضا مايمثل فرقا جديدا بين الحكم مباشرة بالغرامة هنا ، وبين نظيرتها فى نطاق تنفيذ أحكام القضاء العادى [١].

ووجه التفرقة تتبدى فى أن القاضى العادى يمكنه مباشرة أن يحكم فى ذات حكمه الأصلى بغرامة تهديدية توقع حال امتناع أو إهمال المحكوم ضده فى تنفيذ هذا الحكم . وتحقيقا لذلك لايلزم أن يصدر الحكم بها مسببا ، ولايشترط أن يكون وجاهيا صادرا فى حضور المتداعيين [٢] ، والوضع يختلف بالنسبة لمجلس الدولة ، إذ لابد لكى يمارس هذه السلطة من المرور بمراحل إجرائية ثلاث : المرحلة الأولى وهى تلك التى تلى إصدار الحكم الإدارى ، ثم يصادف تنفيذه اعراضا أو ممانعة من الإدارة . وفى المرحلة الثانية وفيها يتقدم ذوو الشأن بطلب المساعدة فى التنفيذ إلى قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة طالبا أن يتخذ الإجراءات اللازمة للإتصال بالإدارة لمعاونته على تنفيذ الحكم. ويشترط لتقديم هذه الطلب أن يكون قد مضت مدة ثلاثة أشهر على اعلان الحكم المطلوب تنفيذه إذا كان هذا الأخير صادرا عن المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية ، ومدة ستة اشهر إن كان صادرا عن مجلس الدولة. ولكن هذا الشرط لايسرى فى حالات ثلاث : **أولها إذا كانت الإدارة قد أعلنت صراحة رفضها لتنفيذ الحكم ، والأخرى إذا كان الحكم من الأحكام المستعجلة لاسيما إن كان صادرا بوقف تنفيذ قرار ادارى مطعون عليه بالإلغاء . وأخيرا**

---

(١) BON (P.) : un progrés de L'Etat de droit : Lo loi 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matiére admunistrative et a L'execution des jugements par la puissance publiques. R.D.P. 1981. P. 35.

(٢) Cass . civ : 21 mars 1979. D. 1979. P. 449. Note : Santa – Coroce.

إذا كانت المحكمة التى اصدرت الحكم قد حددت مدة لتنفيذه ، حالئذ يقدم طلب المساعدة فى التنفيذ بعد انتهاء هذه المدة [١] .

أما المرحلة الثالثة ففيها يتولى قسم التقرير الإتصال بالإدارة المعنية ملتمسا منها تنفيذ الحكم ، فإذا نجحت جهوده فى ذلك ، ونفذت الحكم فعلا ، انتهى الأمر عند هذا الحد . ويكون طلب المساعدة فى التنفيذ قد حقق أثره الإيجابى بالتنفيذ فعلا . إما إذا باءت بالفشل وأصرت الإدارة على عنادها ، يتوجب على رئيس قسم التقرير أن ينقل الأوراق إلى رئيس القسم القضائى بمجلس الدولة لاتخاذ اجراءات الحكم بالغرامة مباشرة . وهنا يكون على هذا الأخير أن يصدر أمره بالبدء بتلك الإجراءات ، ويسجل هذا الأمر بأمانة القسم القضائى لتحديد جلسة نظر تلك المنازعة ، يخطر بشأنها الأطراف المعنية ، مقدم طلب المساعدة والإدارة الممتنعة عن التنفيذ . على أن يفصل فى تلك المنازعة على وجه السرعة وفقا للإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة للفصل فى الدعاوى الإدارية [٢] . وهذا معناه أن الحكم بالغرامة لابد أن يكون وجاهيا يصدر بعد تحقيق فى حضور أطراف تلك المنازعة ، على خلاف الحكم مباشرة بالغرامة المدنية إذ لايلزم أن يكون وجاهيا . وإنما يمكن صدوره فى غيبة الخصوم . كما يجب أن يكون مسببا . وهذا أيضا ليس بلازم بالنسبة للحكم الصادر بالغرامة المدنية مباشرة كما ذكرنا سلفا . ولايعنى هذا أن مجلس الدولة يكون ملزما بالحكم بالغرامة فى هذه الحالة ، إذ الأمر يخضع لسلطته التقديرية إن شاء قضى بها ، وإن أبى لايقضى طالما كان هناك من الأسباب السائغة مايقتضيه .

ومن الناحية العملية لم يستخدم مجلس الدولة حتى الآن هذه السلطة فى حدود مانعلم . والسبب فى ذلك لايعود إلى المجلس ذاته ، وموقفه الرافض لها،

---

(١) المادة ٥٩ من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ معدلة بالمادة الرابعة من لائحة ٣ يوليه ١٩٩٥.

(٢) المادة ٥٩ – ٤ من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ معدلة باللائحة ٨٣١ لسنة ١٩٩٠ الصادرة فى ٣ يوليه ١٩٩٥.

وإنما مرجعه تعدد اجراءاتها على نحو لايسعف ذ. الشأن فى تحقيق مــــايرجوه منها . بل إنه قد ينفق وقتا طويلا بين اتباع اجراءات إدارية ، وأخرى قضائيــة ثم لايصل فى نهاية الأمر إلى مبتغاه ولعل هذا ماجعل المتقاضون يؤثـــرون عليه طريق الطلب الصريح [١] ، فصار بالنسبة لهذا الطريق ، على الأقل مـــن الناحية العملية ، القاعدة والمنطلق الأساسى لإجراءات الحكم بالغرامة .

المطلب الثانى

الفصل فى طلب الحكم بالغرامة التهديدية

تمهيـــــــد :

١٢١ - بعد تقديم طلب الحكم بالغرامة يبدأ مرحلة إجرائية جديدة ، تمر بدورها بخطوات ثلاث تتتابع تتابعا زمنيا مرحليا : تحديد القـــاضى المختــص بالفصل فى الطلب ، مهمة هذا القاضى فى تحقيق الطلـــب ، وأخـــيرا صـــدور الحكم فيه إما بقبوله والحكم بالغرامة ، أو برفضه بما يستتبعه من رفض الحكم بها .

وهكـــذا نتناول فى فرع أول الإختصـــاص بالفصل فى طلـــب الحكـــم بالغرامة، ثم نبين مهمة قاضى الغرامة فى تحقيق هذا الطلب فى فرع ثـــان ، وأخيرا وفى فرع ثالث نعرض للحكم الصادر فى هذا الطلب .

الفرع الثانى

الإختصاص بالفصل فى طلب الغرامة التهديدية

تمهيـــــــد :

١٢٢ - يثـــور التساؤل عن القاضى الذى ينعقد له الإختصاص بالفصل

---

(١) GUETTIER (ch.) op cit P 29

فى طلب الغرامة . هل هو ذاته الذى اصدر الحكم المطلوب تنفيذه تحقيقا لمبدأ التلازم بين قاضى الحكم وقاضى الغرامة المطبق اصلا فى نظام الغرامة التهديدية المدنية ، أم أنه قاض آخر اختصه المشرع بالنظر فى تلك الطلبات ؟. وهل يختلف الوضع فى هذا الشأن ، تبعا لما إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه حكما موضوعيا أم حكما مستعجلا أم يتماثل بشأنها جميعا ؟

إن ثمة قواعد اجرائية ضابطة لمسألة الإختصاص ، أوردها المشرع بعضها فى قانون الغرامة التهديدية ، وأتى ببعضها الآخر فى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ، يتنوع وفقا لها الإختصاص النوعى بالفصل فى طلبات الغرامة بين مجلس الدولة من جهة ، والمحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية من جهة أخرى [1] .

أولا : اختصاص مجلس الدولة :

١٢٣ – حين صدر قانون الغرامة فى ١٦ يوليه ١٩٨٠ تبنى فكرة مركزية الإختصاص بالفصل فى طلباتها ، إذ عقدت مادته الثانية الإختصاص

---

(١) حال مناقشة قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ اقترح أحد أعضاء الجمعية الوطنية الفرنسية السيد Hyest أن يمتد الإختصاص بالحكم بالأوامر التنفيذية والغرامة التهديدية إلى القضاء الإدارى المتخصص ، مثل لجنة تحديد الرسوم الصحية والإجتماعية فيما بين الأقاليم ، ولجنة المساعدات الإجتماعية ، والمجالس التأديبية ، والمجلس الأعلى للوظيفة العامة ... ولكن هذا الإقتراح لاقى معارضة من الحكومة ، ومقرر لجنة القوانين السيد Porcher الذى أعلن أن ذلك يعنى أن نذهب بتلك السلطة مع خطورتها أبعد من اللازم ، ونمد نطاقها إلى غير ماتقتضيه روح هذا المشروع .هذا إلى أن تلك اللجان يطعن فى قراراتها أمام مجلس الدولة بطريق الإستئناف أو النقض . وهذا فى حد ذاته يكفى لكفالة تنفيذها بطريق الأوامر والغرامة التهديدية إذ يكون للمجلس حالئذ أن يقضى بها وفقا للقواعد المطبقة فى هذا الشأن فيتحقق بذلك أمران : كفالة تنفيذ ماتصدره من قرارات وأحكام ، والحفاظ على بقاء تطبيقها فى أضيق نطاق بشكل يحول دون اساءة استخدامها على نحو يخرج بها عن أهدافها .

J.O débat Ass. Not 21 novembre 1994 P 7298 – 7299.

المطلق لمجلس الدولة بتلقى طلبات الغرامة لكفالة تنفيذ جميع الأحكام الإدارية سواء ماصدر منها عن المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية أو ماصدر عن مجالس المنازعات الإدارية ، وجهات القضاء الإدارى المتخصص [١] . وسواء كان غرضها كفالة تنفيذ حكم موضوعى أو مستعجل ، أو كانت صادرة فى دعاوى الإلغاء أو دعاوى القضاء الكامل [٢] ، كانت الأسباب الدافعة إلى تركز هذا الإختصاص فى يد مجلس الدولة هى ذاتها الأسباب القانونية والفنية التى عرضنا لها سلفا ، والتى يبغى المشرع من ورائها سرعة التنفيذ وفعالية انجازه . وقد كان من أثر ذلك التزام المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية بإحالة مايقدم اليها من طلبات الغرامة التهديدية لتنفيذ أحكامها الى مجلس الدولة . وعلى ذلك قضى المجلس بأنه إذا كان الطاعن قد طلب من المحكمة الإدارية كفالة تنفيذ حكمها بإلغاء رفض المجلس البلدى إعادته وإنهاء مدة تدريبه إلى عمله . فإن هذا يعنى أنه يطلب من المحكمة إعادته تحت التهديد المالى ، مما يمثل طلبا بالحكم بغرامة تهديدية فيكون على المحكمة الإدارية إحالة هذا الطلب إلى مجلس الدولة [٣]

مكث مجلس الدولة منفردا بهذا الإختصاص خمسة عشر عاما حتى صدر قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ الذى حمل رغبة المشرع فى تطبيق مبدأ التلازم بين قاضى الحكم وقاضى الغرامة المطبق بشأن الغرامة التهديدية فى نطاق القانون الخاص . فاعتبر قاضى الحكم بمثابة قاضى تنفيذ لأحكامه . على نحو ماقرره فى المادة ٨ – ٤ التى أدخلت الى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية بموجب المادة ٦٢ من هذا القانون . غير أن لائحة تطبيقه تأخر صدورها مما أدى إلى امتناع مجلس الدولة عن تطبيق هذا النص حتى تصدر مبينة كيفية حدوثه . ولذا قضى بأنه يظل له الإختصاص المطلق بالحكم

---

(١) DUGRIP (O.) : op. cit.p. 20.

(٢) TERCINET (J.) : Vers la fin de l'inexécution des déxions juridic - -tionnelles par l'administration?. A.J. 1981. P. 9.

(٣) C.E 26 février 1993. Cohen. Rec: p. 972.

حتى تصدر اللائحة التى تحدد نظام تطبيق المادة ٨ – ٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية [١] .

وبالفعل صدرت اللائحة رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥ لتحدد فى مادتها الرابعة عشر أن بداية اعمال توزيع الإختصاص بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية هو الأول من سبتمبر ١٩٩٥ ، ولتسوية الأوضاع المترتبة على ذلك قررت حكما انتقاليا مؤداه أن الطلبات التى قدمت إلى مجلس الدولة بغرامة تهديدية لتنفيذ الأحكام الصادرة عن تلك المحاكم قبل هذا التاريخ – ١ سبتمبر ١٩٩٥ – يظل منعقدا له الإختصاص بالفصل فيها حتى يصدر حكما بشأنها . وهناك تطبيق فريد لمجلس الدولة مد بمقتضاه الإختصاص بالفصل فى طلب الغرامة التهديدية لتنفيذ حكم محكمة ادارية قدم بعد ١ سبتمبر ١٩٩٥ ، وجعل سنده فى ذلك أن ذا الشأن قدم إلى قسم التقرير طلب بمساعدته فى تنفيذه قبل هذا التاريخ . وهنا اعتد المجلس بتاريخ تقديم الطلب إلى قسم التقرير ، وليس بتاريخ إحالة الأوراق إلى مجلس الدولة من رئيس هذا القسم باتخاذ اجراءات الحكم بالغرامة . وعلى هذا الأساس مد اختصاصه إليه .

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة بأن ينتج عن نصوص اللائحة رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥ الصادرة فى ٣١ يوليه ١٩٩٥ أن مجلس الدولة يظل مختصا بالفصل فى طلب الغرامة لكفالة تنفيذ حكم محكمة ادارية الذى قدم بعد الأول من سبتمبر ١٩٩٥. وذلك إذا كان الطاعن قبل هذا التاريخ قد تقدم إلى قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة بطلب لتذليل الصعوبات التى تعترضه لتنفيذ هذا الحكم [٢] .

ولم يبق إذن لمجلس الدولة من اختصاص فى هذا الشأن إلا اختصاصه فى طلبات الغرامة التهديدية فى حالات ثلاث : **الطلبات المتعلقة بالأحكام الصادرة عنه جريا على الأصل** ، **وتلك التى تحيلها اليه المحاكم الإدارية**

---

(١) C.E 12 avril 1995. Bartolo. Rec. p. 990.

(٢) C.E 10 février 1997 1997. Van-Lierde. Rec: p. 1021.

العادية والإستئنافية بشأن الأحكام الصادرة عنها ، بمقتضى الفقرة الخامسة من المادة ٨ – ٤ من التقنين التى نصت على أن المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية يمكنها إحالة طلبات تنفيذ أحكامها للفصل فيها إلى مجلس الدولة . وأخيرا الأحكام أو القرارات الصادرة عن القضاء الإدارى المتخصص، وفقا للتحديد السابق ، باعتبار أن المشرع لم يعترف لها بسلطة الفصل فى طلبات تنفيذ أحكامها ، مما يعنى أنها تظل تبعا للأصل من اختصاص مجلس الدولة . وعلى ذلك قضت محكمة نانت الإدارية ، بأن المادة ٨ – ٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية لاتجيز للمحكمة الإدارية الفصل فى طلبات تنفيذ قرارات جهات القضاء الإدارى المتخصص ، ولذا يكون طلب كفالة تنفيذ قرار لجنة تحديد الرسوم الصحية والإجتماعية المقدم اليها مرفوضا (١) .

ثانيا : اختصاص المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية :

١٢٤ – حققت المادة ٨-٤ من التقنين ، وكما ذكرنا ، مقتضيات التلازم بين قاضى الحكم وقاضى الغرامة . إذ نصت على أنه : فى حالة عدم تنفيذ حكم نهائى صادر عن محكمة ادارية أو محكمة استئناف ادارية يكون على ذى الشأن تقديم طلب تنفيذه إلى ذات المحكمة التى أصدرته . وتضيف فقرتها الثانية أنه إذا كان الحكم مطعونا فيه بالإستئناف ، فإن هذا الطلب يجب تقديمه إلى محكمة الإستئناف .

ومن هذا النص يبدو واضحا أن المحكمة الإدارية تختص بالفصل فى طلب الغرامة لما كان نهائيا من أحكامها باستنفاد ميعاد الطعن فيه دون تقديمه ، فإذا طعن فيه بالإستئناف ، فإن محكمة الإستئناف هى التى تختص بالفصل فى طلب تنفيذه . أما أحكام محكمة الإستئناف الإدارية تعتبر بطبيعتها أحكاما نهائية . ولذا يكون الإختصاص بالفصل فى طلب تنفيذها لذات المحكمة التى

---

(١) TA. Nantes : 8 janvier 1996, Centre d'aide par le Travail Foyer Savenay. Rec: p. 1108.

أصدرتها .

ولكن إلى أى قاض ينعقد الإختصاص بالفصل فى طلب الغرامة لتنفيذ حكم طعن فيه بالإستئناف ، وقضت محكمة الإستئناف برفض الطعن وتأييد الحكم . هل لقاضى الحكم أم لقاضى الإستئناف ؟. فى المسألة وجهات نظر متباينة ، ولكل وجهة مايؤيدها ويدعم صحتها .

قد يرى البعض أن قاضى الحكم هو المختص باعتباره القاضى الذى أصدره فيكون له جريا على الأصل كفالة تنفيذه . هذا إلى أن القول بأن قاضى الإستئناف هو الذى ينعقد له هذا الإختصاص يمكن الرد عليه بأنه قد استنفد اختصاصه بمجرد صدور حكمه . وقد يذهب البعض الآخر مذهبا مغايرا فيرى الإختصاص معقودا لقاضى الإستئناف باعتباره يتفق مع قصد المشرع من أن يسند اليه الإختصاص بالفصل فى طلبات تنفيذ الأحكام التى ينظر الطعن فيها بالإستئناف . وهذا يفهم منه أن الحكم مجرد إن دخل فى حوزته يكون قد خرج برمته من ولاية محكمة أول درجة . فلا يكون لها اختصاص بشأن نظر طلبات تنفيذه . فإذا كان ذلك كذلك ، فإن الإختصاص يكون لامحالة لقاضى الإستئناف وإلا لكان طلب التنفيذ بغير قاض يفصل فيه ، وهذا مالايمكن قبوله.

ويبدو أن مجلس الدولة قد تبنى وجهة النظر الأخيرة ، حين استفتى فى تلك المسألة ، فأفتى بعد أن عرض تفصيلا لنص المادة ٨ – ٤ من التقنين ، بأنه فى جميع الحالات التى يكون فيها الحكم الإدارى مطعونا فيه بالإستئناف، تكون محكمة الإستئناف هى المحكمة الوحيدة المختصة بالفصل فى طلبات تنفيذه ، حتى ولو قضت هذه المحكمة برفض الإستئناف [١] .

ويفهم من ذلك أنه يجوز تقديم طلب الغرامة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف دون أن يعترض على ذلك بأنه يخالف مبدأ التقاضى على درجتين ، باعتبار أن غايته ليس زيادة التزامات الخصوم ، وإنما كفالة تنفيذ حكم

---

(١) C.E. " avis de Section" : 13 mars1998. Mme Vindenagel, A.J. 1998. P. 459.

قضائى، وفرض احترامه على المحكوم ضده . هذا مايستقر عليه الوضع فى نظام الغرامة فى القانون الخاص اذ يجوز طلبها لأول مرة أمام قاضى الإستئناف ، بل يجوز لهذا الأخير أيضا أن يقضى بها من تلقاء نفسه [١] . ويفهم منه أيضا أن محكمة الإستئناف تختص بنظر هذه الطلبات سواء بتقديم هذا الطلب أثناء نظر الإستئناف ، أو بعد صدور الحكم فيه ، إذ لايستبعد اختصاصها بصدوره بشكل يمتنع فيه تقديمه اليها ، وإنما يظل لذى الشأن حق تقديم هذا الطلب اليها بعد صدوره وثبوت ممانعة الإدارة فى تنفيذه .

وثمة تساؤل حقيق إثارته **ماذا لو استأنف المحكوم ضده الحكم ، واثناء نظر الإستئناف تقدم المحكوم له بطلب الغرامة التهديدية لتنفيذه ، ثم ترك المستأنف استئنافه ، فهل يؤثر ذلك على الطلب واختصاص محكمة الإستئناف بالفصل فيه ؟ .**

لايترتب على ترك المستأنف لاستئنافه بشأن الطلب ذات الأثر المترتب على ترك الخصومة من حيث إعادة الخصوم إلى الحالة التى كانوا عليها قبل الدعوى أو الإستئناف المتنازل عنه ، إذ للطلب شأنه الخاص فى هذه الحالة باعتبار هدفه كفالة تنفيذ الشئ المقضى به . ولذلك قضت محكمة استئناف باريس الإدارية بأن محكمة الإستئناف التى تنظر الإستئناف المقام ضد حكم محكمة ادارية تظل مختصة بالفصل فى طلب تنفيذ الحكم المستأنف حتى ولو ترك أو تنازل المستأنف عن استئنافه [٢]

---

(١) DONNIER (M.) : op. cit. P. 90.

(٢) CAA. Paris: 30 septembre 1997, Ibrahim. Rec: p. 1018.

الفرع الثانى

تحقيق طلب الغرامة التهديدية

تمهيـــــــد :

١٢٥ - بعد أن يتحدد القاضى المختص بالفصل فى الطلـــب ، تنتقــل الإجراءات تتابعا فى نطاق الفصل فيه تجاه تحقيقه . ولئـــن كــان الأصــل أن يفضى التحقيق إلى صدور حكم فيه قبولا أو رفضا ، فإنه قد يعترضه عـارض يحول دون استمراره ، ويفضى به إلى الإنقضاء بغير حكـــم . وفـــى حـــدود ماكشف عنه التطبيق العملى لخصومة الغرامة يتجسد هذا العارض فى تـــرك الطلب أو التنازل عنه بعد تحقيقه .

لنرى إذن فى ضوء تلك الأفكار بداية اجراءات تحقيق طلب الغرامــــة ، ثم نبين بعد ذلك حكم تركه أو التنازل عنه .

أولا : اجراءات تحقيق طلب الغرامة التهديدية :

١٢٦ - تفترق اجراءات تحقيق طلب الغرامة تبعا لما اذا كـــان الطلـــب مقدما إلى مجلس الدولة ، أم إلى المحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية .

(١) تحقيق طلب الغرامة أمام مجلس الدولة :

١٢٧ - فى عرضها لإجراءات تحقيق الطلب أمام مجلس الدولة جمعت المادة ٥٩ – ٤ من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ بين إجمال وتفصيل .

ففيما يتماثل طلب الغرامة فيه مع غيره من المنازعات الإدارية أشـــارت بإجمال إلى أن يفصل فى هذا الطلب ويحكم فيه وفقا للإجراءات المتبعة بشـــأن الفصل فى المنازعات الإدارية أمام مجلس الدولة . اما فيما هو خـــاص بـــهذا الطلب فصلت عددا من الإجراءات المتميزة التى تمضى على عـــدة خطـــوات متتالية .

تبدأ تلك الإجراءات بإحالة الطلب بعد ايداعه ، وفقا للإجراءات السابقة ،

إلى إحدى الدوائر الفرعية sous – section التى تتولى مهمة تحضيره . وهــى فى سبيل ذلك تقوم بإرساله إلى قسم التقرير والدراسات باعتباره كما قدمنا القسم المسئول فى مجلس الدولة عن مشاكل تنفيذ الأحكام الإداريــة ، ليبحـث مـن ناحية عن الأسباب التى منعت الإدارة عن تنفيذ الحكم ، وما إذا كان هذا يعـود إلى رفضها الصريح للتنفيذ ، أم امتناعها عنه دون قصد ، إمــا لعيـب فـى منطوق الحكم حال دون استطاعتها فهم ماينبغى عليها القيام به لعمل مقتضـاه ، أو لظروف مادية حالت دونه ، تستوجب التماس العـذر لـها حتـى تمضـى بآثارها. وأيا كانت تلك الأسباب يكون على القسم الإتصـال بـالإدارة المعنيـة لتذليل ، ما أمكن ، الصعوبات التى حالت دون التنفيذ ، ويلتزم فى سبيل تأديـة تلك المهام بمبدأ الوجاهية وما يقتضيه من كفالة حق الدفــاع ، بحيـث يكـون الإجراءات التى يتخذها فى حضور أطراف الطلب لإبداء ملاحظتهم ، ودفوعهم بشأنهــا .

بعد انتهاء اجراءات تلك المرحلة إما بقبـول الإدارة بتنفيـذ الحكـم أو إصرارها على عدم تنفيذه ، أو عدم استطاعتها ذلك لظــروف خارجـة عـن إرادتها ، يقدم رئيس القسم تقريرا بما انتهى اليه التحقيق مشفوعا برأيه بشــأن طلب الزامه إما بقبوله ، أو برفضه ، أو باعتباره لامحل له ، أو بأنه لايدخـل أصلا فى اختصاص القسم القضائى لمجلس الدولة . وبعد ذلك يعيـد الملـف كاملا إلى الدائرة الفرعية المختصة ، التى يقوم رئيسها بدوره بإحالتــه الـى القسم القضائى مقترنا بالرأى القانونى تمهيدا لصدور الحكم فى الطلب (١) .

ورغبة من المشرع فى تيسير اجراءات الحكم بالغرامة وسرعة الفصـل فيها عهد المشرع فى المادة ٦ من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ إلى رئيـس القسـم القضائى بالمجلـس باتخاذ الإجراءات اللازمـة للفصل فى الطلـب ، وإصدار

---

(١) GALABERT (M.): l'application par le conseil d'Etat des dispesitions de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes. Mél: Peiser. Grenoble. Presses universitaires de Grenoble. 1995. P. 242.

الحكم فيها على أن يكون قراره فى هذا الشأن مسببا .

(٢) تحقيق الطلب أمام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية :

١٢٨ - لاتوجد أى قاعدة خاصة لتحقيق الطلب يتميز بها عن غيره من الطلبات التى تختص بها المحاكم الإدارية العاديـــة والإســتئنافية [١]. إذ تبعــا للأصل العام يعين لكل قضية مقرر ، يتولى تحقيقها ومتابعة الإجراءات بشأنها. وفقا للمادة ٢٢٢ - ٣ من التقنين يتولى رئيس المحكمة المختصـــة أو المقــرر المعين لهذا الغرض اتخاذ كل الإجراءات التى يراها لازمة لكفالة تنفيذ الحكـــم محل الطلب [٢] .

بعد أن يتم فحص الطلب ، وتحقيق ما انطوى عليه من وقـــائع وأدلـــة ، يكون لرئيس المحكمة الإدارية العادية أو الإستئنافية اتخاذ أحد موقفيـــن: إمـــا الأمر بحفظ الطلب اداريا ، إذا تثبت من أنه غير مؤسس من الناحية القانونيـــة ويكون عليه فى هذه الحالة اخطار الطـــالب بـــأمر الحفـــظ . وإمـــا باتخـــاذ الإجراءات القضائية لصدور الحكم بالغرامة ، ويكون ذلك فى حالات ثـــلاث : **إذا قدر أن الحكم بالغرامة هو السبيل الوحيد لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكـــم محل الطلب ، أو إذا طلب منه ذو الشأن ذلك خلال الشهر التالى لإعلانه بـــأمر حفظ الطلب على نحو ماورد سلفا ، أو فى جميع الأحوال إذا انقضـــت مـــدة ستة أشهر على تقديم طلب الغرامة إلى المحكمة المختصة .**

ولايفوتنا أن نشير إلى مسألتين أساسيتين : إن أمـــر رئيـــس المحكمـــة المختصة باتخاذ الإجراءات القضائية للحكم بالغرامة نهائى لايقبل الطعن بـــأى من طرق الطعن [٣] . والآخر يتوجب على المحكمة التى تنظر الطلب اتباعـــا

---

(١) HUGLO (ch.) et LEPAGE – JESSUA (C) : code des procedures contentieuses de droit public. Paris. Litec. 2e edition. 1994. Préface de Vedel. P. 474.

(٢) CHAPUS (R.): Droit du contentieux administratif. Paris. Mont' cherstion. 6e edition 1996. P. 907.

(٣) GUETTIER (ch.): op. cit P. 27

للإجراءات القضائية السابقة أن تفصل فيه على وجه السرعة ، حتى لايكون طول هذه الإجراءات أمامها سببا جديدا للتأخير فى التنفيذ [١] .

ثانيا : ترك طلب الغرامة التهديدية :

١٢٩ – بعد تحقيق الطلب قد لايرغب مقدمه فى أن يمضى به إلى غايته بصدور حكم فيه . فيعلن تركه له أو تنازله عنه ، فيضع له نهاية قبل صدور حكم بشأنه . إما لرغبة ذاتية لاباعث عليها إلا إرادته الشخصية لعدم استكمال اجراءات التقاضى ، وإما لأن الإدارة قد قبلت تنفيذ الحكم أو توصلت إلى اتفاق بشأنه يرى فيه الغناء عن المضى فى اجراءات الطلب [٢] . وللترك شروط وأنواع وآثار ، نعرض لها فى نطاق مايخص طلبات الحكم بالغرامة، على أن نحيل فى غير ذلك إلى القواعد العامة فى هذا الشأن .

(١) شروط ترك الطلب :

١٣٠ – يلزم لصحة الترك توافر شرطين يتعلق أحدهما بالطالب ، والآخر بالإدارة المقام ضدها الطلب . فمن ناحية الطالب (أو التارك) فضلا عما ينبغى أن يتوافر فيه من أهلية التقاضى التى هى ذاتها المتطلبة لتقديم الطلب كما ورد سلفا . يجب أن يقع منه الترك صراحة بأن يعلن عن رغبته فى ترك طلبه بشكل لاينتابه غموض . فلا يكفى أن يتخذ موقفا يفترض معه الترك، لأن الترك لايفترض ، اللهم إلا إذا كان هذا الموقف لايدع مجالا للشك فى أنه يرغب فى ترك خصومة الطلب ، كأن يطلب من القاضى اعتبار الطلب كأن لم يكن non – avenu وليس بلازم أن يعلن التارك رغبته فى الترك أمام قاضى الغرامة بنفسه ، وإنما يمكن أن يتولى ذلك نيابة عنه المحامى الموكل بمتابعة اجراءات الطلب .

---

(١) T.A. strasbourg : 19 décembre 1995, Mme. Fiebig. R.F.D. Ad. 1996. P. 349.

(٢) C.E 8 janvier 1969. Jacomet. Rec: p. 14.

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة بأنه إذا كانت محكمة بوردو الإدارية قد قضت فى ٢ ابريل ١٩٨٧ بدفع مبلغ معين على سبيل التعويض للشركة الطالبة ، وأن المجلس البلدى لمنطقة Sarlat قد اتخذ بجلسته المنعقدة فى ٩ مارس ١٩٨٨ الإجراءات الضرورية لتنفيذ هذا الحكم ، وأن محامى الشركة تقدم إلى مجلس الدولة بطلب باعتبار طلب الغرامة التهديدية المقدم من الشركة كأن لم يكن ، فإنه ينبغى اعتبار هذا الطلب بمثابة ترك لطلب الغرامة التهديدية (١) .

أما بالنسبة للطرف الآخر فى الطلب وهو الإدارة ، فلا يشترط من حيث الأصل لترتب الترك آثاره قبولها له ، وإنما هو يقع صحيحا حال صدوره من الطالب . غير أنه يتوقف عن اعمال أثره إذا كانت الإدارة قد أبدت طلبات مقابلة conclusions reconventionnelles ، حتى ولو كانت تلك الطلبات تتمثل فى رفض الطلب أو رفض الدعوى أصلا (٢). حالئذ لايقبل الترك إلا بقبول الإدارة له صراحة ، أو ضمنا بإعلان تنازلها عن طلباتها (٣) . فإذا اصر الطالب على تنازله عن طلبه لايكون أمام المحكمة مناصا من أن تستمر فى الفصل فى طلبات الإدارة (٤) .

(١) C.E. 25 novembre 1988. Sté. Etablissement. R. Mizzaro. Rec: p.884.

(٢) وفى ذات الإتجاه قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه .. لايتم الترك بعد ابداء المدعى عليه لطلباته إلا بقبوله ، وإذا كانت محافظة الإسكندرية قد طلبت رفض الدعوى اصلا فى ملف طلب المعافاة ، ولم تبد قبولها لترك الخصومة ؛ فإن الترك لايعتبر قد تم قانونا طبقا لأحكام قانون المرافعات بما لايجوز معه النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون لهذا السبب .
المحكمة الإدارية العليا : ٢٩ مايو ١٩٧٧. الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ١٥ القضائية . مجموعة الخمسة عشر عاما (١٩٦٥– ١٩٨٠) الجزء الثانى ص : ١٠٥٦ – ١٠٥٧.

(٣) C.E 22 mai 1958. Cie central de Travaux public. Rec. p. 290.

(٤) C.E 5 mars 1971. Roumengou. Rec: p. 196.

(٢) أنواع الترك :

١٣١ – الترك قد يكون كليا يرد على الطلب جميعه ، وقد يكون جزئيا يتعلق بجزء منه حال أن يقبل التجزئة . مثل ذلك أن يكون الطلب متضمنا الحكم بغرامة تهديدية وتوجيه أوامر تنفيذية إلى الإدارة ، حالئذ يمكن للتارك أن يتنازل عن الشق الأول أو الثانى من الطلب دون أن يؤثر الشق المتنازل عنه على الآخر [١] . وفى ذلك يقول مجلس الدولة : إذا كان السيد Camara قد أودع مذكرة فى ٢٥ يوليه ١٩٨٩ لدى أمانة القسم القضائى لمجلس الدولة يعلن فيها تنازله كليا عن الطلب الذى تقدم به إلى المجلس للحكم على الدولة بغرامة تهديدية قدرها ٥٠٠ فرنك يوميا للتأخير عن تنفيذ حكم محكمة ليون الإدارية الصادر لصالحه فى ٢٩ أغسطس١٩٨٨، فإن هذا الترك يعد مقبولا [٢].

ومن وجهة أخرى يمكن أن يكون الترك بسيطا مجردا من أى شرط ، كما يمكن ، وعلى خلاف ترك الخصومة المدنية ، أن يكون مشروطا . إذ يكون للطالب أن يقيد تركه للطلب بشروط معينة . كأن يقرن تركه بشرط تنفيذ الإدارة لجزء من الحكم يراه مرضيا لقناعته ، أو أن مصاريف الدعوى تتحملها الإدارة ذاتها [٣] ، أو أن تتنازل هذه الأخيرة عما أبدته من طلبات مقابلة [٤] .

---

(١) وفى إشارة إلى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه ... إذا تبين للمحكمة بعد قيام الطعن أمامها أن شطرا من النزاع المطروح اصبح غير قائم بتنازل المدعى عن طلبه فيه ، وقبول الجهة الإدارية لذلك ، فلا مندوحة أمامها من إثبات هذا الترك أو التنازل نزولا على حكم القانون فى هذا الخصوص .
المحكمة الإدارية العليا : ٥ مارس ١٩٧٨. الطعنان رقما ٢٠٢، ٢١٤ لسنة ١٧ القضائية . مجموعة الخمسة عشر عاما (١٩٦٥–١٩٨٠) الجزء الثانى . ص: ١٠٥٧.

(٢) C.E 25 avril 1990. M. Camara. R.D.P. 1991. P. 867. Note : oberdorff

(٣) C.E 8 janvier 1969. Jacmet. Rec: p. 14.

(٤) C.E 27 fevrier1957. Garet de Nedde. Rec: p. 129.

(٣) آثـــار الترك :

١٣٢ – يرتب الترك أثرا هاما يتمثل فى زوال الطلب وماكان له من اثر فى الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية ، حتى ولو كان هـــذا الحكـــم ســيصدر لامحالة . ولكن يجب مراعاة أن اثر الترك يكون مقصورا على محـــل الطلـــب الذى ورد عليه ، وليس على حقه فى الطلب [١] .

وهذا يترتب عليه نتيجة هامة أن الطالب يستطيع أن يقدم طلبـــا جديـــدا بالحكم بالغرامة ، لأن الذى تنازل عنه لم يكن حقه فى اقامة هـــذا الطلـــب ، وإنما الخصومة التى كانت محلا للطلب الذى تركه ، فيظل لذلك الحـــق فـــى الطلب قائما مثله فى هذا الشأن كمثل الحق فى اقامة الدعوى الـــذى لايعتريـــه الإنقضاء بترك الخصومة ، فيكون للتارك رفعها ثانية بعد تركه للخصومة .

ومن الجدير بالإشارة إذا تعدد طالبوا الغرامة . واتحدوا جميعا فى طلـــب واحد . فإذا حدث أن تنازل أحدهم أو بعضهم دون الآخرين فإن الطلب يعتـــبر متروكا بالنسبة لمن تنازل عنه ، وتستمر المحكمة فى الفصـــل فيـــه بالنســبة لأولئك الذين لم يتنازلوا عنه ، لاسيما أن موضوع الطلـــب ، وكمـــا رأينـــا ، يكون قابلا للتجزئة [٢] .

الفرع الثالث

الحكم فى طلب الغرامة التهديدية

السلطة التقديرية لقاضى الغرامة فى قبول أو رفض الطلب :

١٣٣ – إذا مضى الطلب اجرائيا دون عارض الترك الذى يوقف أثـــره ، فإنه يكون صالحا لأن يصدر القاضى فيه حكمه إما بقبوله بما يســتتبعه الحكـــم

---

(١) EUDE (C.): le désistement dans la procédure administratair contentieuse. A.J. 1984. P. 3 et ss.

(٢) C.E 21 juin 1997. M.Rougerie. Rec: p. 1104.

بالغرامة ، وإما برفضه بما يعنيه ذلك من رفض الحكم بـــها . وهنــا يتمتــع القاضى بسلطة تقديرية واسعة ، إذ لم يقيده المشرع باتجاه معين حتـــى ولــو توافرت مقتضياته ، وإنما له رفض الحكم بالغرامة حتى ولو توافـــرت حالــة عدم تنفيذ ظاهرة (١) . ولعل هذا يوحى به نص المادة الثانية من قانون الغرامــة الذى قرر بأن مجلس الدولة يستطيع الحكم بغرامة تهديدية . فالمشرع هنا لـــم يستعمل صيغة الوجوب ، وإنما حمل الأمر على الجواز والإمكانيـــة ؛ ليفيــد بأن مجلس الدولة له سلطة تقدير كاملة فى أن يقرر الحكم بالغرامة من عدمــه . وهذا على خلاف فعله بشأن الأوامر التنفيذية فى المادة ١/٦ من ذات القانون إذ أوجب على مجلس الدولة أن يوجه إلى الإدارة أمرا باتخاذ اجراء يقتضيه تنفيــذ الحكم ، إذا طلب ذو الشأن منه ذلك صراحة ، ورأى بالفعل أن هذا الإجـــراء مما يقتضيه التنفيذ على نحو ماذكرنا سلفا .

وذات الوضع ينطبق على المحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية . فـــهى أيضا تتمتع بذات سلطة التقدير فى الحكم بالغرامة من عدمـــه . علـــى خــلاف مارأينا بشأن سلطتها فى توجيه أوامر إلى الإدارة باتخاذ اجــــراءات يقتضيـــها تنفيذ أحكامها المطلوب تنفيذها . وتؤكد ذلك المادة ٨ – ٤ من التقنين بنصها فى فقرتها الثالثة على أنه إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه لم يحدد الإجراءات اللازمة لتنفيذه ، فإنه يكون على المحكمة المختصة تحديدها ، ولها أيضا أن تحدد مـدة يتم التنفيذ خلالها ، كما أن لها الحكم بغرامة تهديدية . إذن المســـألة تخضــع لتقدير المحكمة إن شاءت قضت بالغرامة ، وإن لم تشأ لاتقضى بها حتى ولــو توافرت مقتضياتها (٢) .

---

(١) C.E 27 janvier 1995. M.Melat. Rec: p. 52.
C.E 8 avril 1994. Mme. Latchoumaninchetty. Rec: p. 1143.

(٢) C.E 29 decembre 1995. M. Kauvadias. R.F.D Ad. 1996. P. 64.
TA. Lyon : 29 mars 1995. Sci pegaz. R.F.D. Ad. 1996. P. 345.
TA Rennes: 29 janvier 1996. Aymerci luquet de Saint-Germain. R.F.D. Ad . 1996. P. 350.

إذن فى ضوء السلطة التقديرية التى يتمتع بها قاضى الغرامة ، يمكن أن نعرض للحكم الصادر بشأن طلبها سواء كان حكما بقبوله بما يستوجبه من الحكم بها ، أو برفضه بما يقتضيه من عدم القضاء بها ، لنبين بعد ذلك مدى إمكانية الطعن فيه .

أولا : الحكم بقبول الطلب :

١٣٤- تتعدد مظاهر السلطة التقديرية لقاضى الغرامة حال أن يحكم بها ، قابلا طلبها ، تعددا يتجلى فى أمور ثلاثة : نوع الغرامة ، معدل الغرامة، مدة الغرامة .

(١) أنواع الغرامة التهديدية :

١٣٥ - تتنوع الغرامة التهديدية تبعا لسلطة القاضى فى الغائها أو تعديل قيمتها حال التصفية إلى نوعين : الغرامة النهائية definitive والغرامة المؤقتة provisoire . ولكل منهما من الأحكام مايستوجب الوقوف عليها بشئ من التفصيل .

(أ) الغرامة النهائية :

١٣٦ - لئن كانت لقاضى الغرامة سلطة تقدير قيمة هذه الغرامة ، مثلها فى ذلك كمثل الغرامة المؤقتة ، فإنه يتجرد من سلطة الغائها أو تعديلها عند تصفيتها إذ لايستطيع ذلك إلا فى حالة ما إذا كان عدم تنفيذ الإدارة للحكم يعود إلى قوة قاهرة أو حدث فجائى (١) . وفى ذلك تنص المادة ٤ من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ ، بأنه فيما عدا الحالات التى يعود فيها عدم التنفيذ إلى قوة قاهرة أو حدث فجائى ، لايمكن لمجلس الدولة تعديل قيمة الغرامة النهائية عند التصفية .

وعلى نحو مايجرى عليه العمل بشأن الغرامة التهديدية فى المواد المدنية ، تمثل الغرامة النهاية فى المنازعات الإدارية استثناء. إذ لابد للقاضى

---

(١) DU RUSQUEC (E.): Astreintes : astreintes definitives et legales. J.C. pr. Civ. 1993. Fas: 2140. P. 2.

أن يحدد فى حكمه بأنها نهائية ، لأن الصفة النهائية للغرامة لاتفترض ، وإنما لابد من التصريح بها [1] . ومن هنا فإنه حال صمته عن بيان طبيعة الغرامة المحكوم بها ، يجرى تكييفها على الأصل . فتصير حالئذ بمثابة غرامة مؤقتة. وعلى ذلك قضت المادة ٣ من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ بأن الغرامة تكون مؤقتة مالم يحدد مجلس الدولة صراحة أنها نهائية . ومن جهة أخرى لايعنى صيرورة الحكم بالغرامة المؤقتة نهائيا ، أن هذه الأخيرة تتحول إلى غرامة نهائية ؛ لأن العبرة فى تحديد طبيعتها ليست بما آل اليه الحكم القاضى بها ، وإنما بالصيغة التى أضفاها عليها القاضى حين حكم بها .

وإذا كان القاضى الإدارى يتمتع بحرية اختيار الغرامة التى سيقضى بها، دونما قيد ولاشرط ، فإنه على خلافه القاضى العادى الذى لايستطيع أن يقضى بغرامة نهائية إلا بتوافر شرطين حددتهما المادة ٣/٣٤ من قانون ٩ يوليه ١٩٩١ بنصها على أنه لايمكن للقاضى أن يحكم بغرامة نهائية إلا بعد أن يحكم بغرامة مؤقتة ، على أن يكون ذلك للمدة التى يحددها [2] . وهنا يبرز الشرطان فى تتابع: أولهما ضرورة أن يحكم القاضى أولا بغرامة مؤقتة ، فإذا لم تكن فعالة فى القضاء على ممانعة المحكوم ضده ورفضه التنفيذ ، يحكم القاضى بغرامة نهائية لمدة يحددها ، يتم بعدها تصفيتها . وعدم توافر أى من الشرطين يحيل الغرامة النهائية إلى غرامة مؤقتة [3] .

وقد يحلو للبعض أن يتساءل إذا كانت نهائية الغرامة تحظر على القاضى تعديل قيمتها عند التصفية أو إلغائها بعد صدور الحكم بها ، فهل هذه النهائية تحول دون أن يعدلها أو يلغيها قاضى الموضوع حال أن يكون الحكم الصادر بها حكما مستعجلا ؟ . إذا كان الحكم الصادر فى المواد المستعجلة الإدارية –

---

(١) Cass – civ : 23 novembre 1994. D. 1995. P. 13.

(٢) CHABS (F.) : La réforme de l'astreinte. D. 1992. P. 300.

(٣) CROWE (H.): La loi no; 91-650 du 9 juillet 1991. Portant réferme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée. J.C.P. 1992-1-3555.

أو غيرها – لايحوز حجية أمام قاضى الموضوع ، فإن هذا يعنى أن قاضى الأمور المستعجلة إذا أصدر أمرا بغرامة نهائية لتنفيذ حكمه ، فإن هذا الأمر لايتمتع بحجية الشئ المقضى به أمام قاضى الموضوع ، يترتب على ذلك أنه يكون لهذا الأخير الغاء أو تعديل هذه الغرامة . ولا تحول صفتها النهائية دون ذلك ، إذ أنها تمنع قاضى الأمور المستعجلة الذى قضى بها من الغائها أو تعديلها فحسب (١) .

ويكون للمحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ذات اختصاص مجلس الدولة بنفس نطاقه فى شأن الحكم بالغرامة النهائية فيما يتعلق بما تصدره من أحكام ، إذ وفقا للمادة ٨/٤ من التقنين يكون لتلك المحاكم بنوعيها ذات السلطات المخولة لمجلس الدولة فى المواد من ٣ إلى ٥ من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ (٢) . وقد مضى بنا أن الحكم بالغرامة النهائية من السلطات المخولة لمجلس الدولة بمقتضى المادة ٣ من ذات القانون .

(ب) الغرامة المؤقتة :

١٣٧ – يتمتع قاضى الغرامة فى هذه الحالة ، على خلاف السابقة ، بسلطة تقديرية مزدوجة : فمن ناحية له حرية اختيار هذه الغرامة دون أن يقيده المشرع بقيد نوعى فى هذا الشأن . بل إن له الحكم بها حتى ولو طلب منه ذو الشأن أن يقضى بغرامة نهائية (٣) . ومن جهة ثانية يكون له سلطة تعديل أو الغاء الغرامة التى قضى بها عند التصفية حتى ولو كان عدم التنفيذ ثابتا (٤) .

بهذا المفهوم تمثل الغرامة المؤقتة الأصل الذى يجرى عليه القضاء فى نطاق الغرامة التهديدية . ولقد ذكرنا سلفا أن هذا المعنى هو الذى امتثل فى

---

(١) CHABAS(F.): Astreintes ... op. cit. P. 6.

(٢) T.A. Nantes : 12 mai 1995. M. Allais. A.J. 1997. P. 307.

(٣) CHABAS (F.): op. cit. P. 6.

(٤) C.E. 24 juillet 1987. Brolin. D. 1987. P. 188.

ذهن المشرع حال نصه فى المادة ٣ من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ بأن الغرامة تكون مؤقتة مالم يحدد مجلس الدولة صراحة أنها نهائية . ويؤكده من الناحية العملية ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة – ومن قبله محكمة النقض الفرنسية– من أن القاضى إذا غفل عن بيان طبيعة الغرامة التى قضى بها ، فإنها تعتبر حالئذ غرامة مؤقتة (١) . ويفسره من جهة أخرى أن غالبية أحكام مجلس الدولة الصادرة فى هذا الشأن قضت بغرامة مؤقتة لانهائية ، لدرجة يندرمعها العثور على حكم حمل مضمونه غرامة نهائية سواء لمجلس الدولة أو للمحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية (٢) . باستثناء حكم لمحكمة نانت الإدارية التى قضت بغرامة نهائية قدرها ٥٠٠ فرنك يوميا ضد المكتب العام للإسكان لإجباره على تنفيذ حكمها بإلغاء قراره بفصل أحد موظفيه (٣) . ويبدو أن السبب فى ذلك يعود إلى تقدير القاضى الإدارى لخطورة الغرامة . وقدر تأثيرها على ميزانية الأشخاص الإعتبارية العامة . لذا اراد أن يترك لها الفرصة الكاملة لتنفيذ ما امتنعت عن تنفيذه من الأحكام ، أو ما حالت الظروف دون الإمتثال له منها . فآثر الغرامة المؤقتة لأنها هى التى تمكن القاضى من الغائها أو التقليل من مقدارها بشكل يتناسب مع الظروف التى حالت دون التنفيذا أو أفضت إلى التأخير فى حدوثه .

ولعل هذا صدى لما دار حال مناقشة مشروع قانون الغرامة فى مجلس الشيوخ . إذ كانت المادة الثانية من هذا المشروع الذى تقدمت به الحكومة الى الجمعية الوطنية . تنص على أن الغرامة تكون فى جميع الأحوال مؤقتة . إذ لم يكن فى اتجاه الحكومة أن تتبع فى شأن الغرامة فى المواد الإدارية ، ماكان مطبقا بخصوصها فى نطاق القانون الخاص من الجمع بين الغرامة المؤقتة والنهائية . بزعم أنه فى غالبية حالات عدم تنفيذ الأحكام الإدارية لايكون مرجع

---

(١) CHAPUS (R.): droit du contentieux... op. cit. P. 905.

(٢) GUETTIER (ch.): Execution des jugements. J.C.A. 1995. Fas : 1112. P. 26.

(٣) T.A. Nantes : 12 mai 1995. M. Allais. A.J. 1997. P. 307.

ذلك إلى سوء نية الإدارة أو إلى امتناعها الصريح عن التنفيذ ، وإنما مردها إلى المصلحة العامة . وهذا يقتضى أن تكون الغرامة ، ودائما ، مؤقتة حتى يمكن عند تصفيتها تعديلها أو إلغاؤها كليا اعتدادا بتلك الأسباب التى يرجع اليها عدم التنفيذ أو التأخير فيه . ولكن لم يلق هذا الرأى حال عرض المشروع على مجلس الشيوخ قبولا . ويبرر رفضه مقرر لجنة القوانين بالمجلس بقوله : إذا كانت الغرامة ، فى غالبية الحالات ، وعلى نحو مايجرى عليه العمل أمام القضاء المدنى مؤقتة . فإن هذا لاينفى أن هناك من الحالات مايبلغ فيها سوء النية فى عدم التنفيذ مبلغا يعز على التجاهل ، يستوجب أن تجازى بغرامة نهائية . إذن إذا كانت الغرامة المؤقتة تمثل أصلا له مايبرره ، فإن الغرامة النهائية تعد استثناء له أيضا مايستوجبه (١) .

(٢) معدل الغرامة التهديدية :

١٣٨ – مظهر آخر من مظاهر سلطة قاضى الغرامة التقديرية فى مجال الغرامة التهديدية . فهو هنا لايتقيد بأن يجعل للغرامة معدلا ماليا أو زمنيا معينا يقضى به . وإنما هو معدل متغير من قضية لأخرى ، وتبعا لظروف كل دعوى . يعتد فى تقديره ، تبعا للإتجاه القضائى فى هذا الشأن ، باعتبارات ثلاثة : **خطورة مايترتب على عدم التنفيذ من نتائج بالنسبة لذى الشأن ، مدى يسار الشخص الإعتبارى العام الممتنع عن التنفيذ أو المتأخر فيه، وأخيرا مدى كفايته للتغلب على ممانعة الإدارة للتنفيذ وحملها عليه كرها .**

وتتجسد تلك الإعتبارات الثلاثة فى قضاء مجلس الدولة ، لتفسر المعدل المالى المتغير الذى يتراوح فى أحكامه مابين ٥٠ فرنك عن كل يوم تتأخر فيه الإدارة عن التنفيذ (٢) ، ليصل إلى أقصى ماقضى به حتى الآن وهو ١٦٠٠٠ فرنك يوميا (٣) . هذا إلى أن المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، وعلى نحو

---

(١) BON (P.): op. cit. P. 39-40.

(٢) C.E. 30mars 1994. Mme Loubet. Rec: p. 172.

(٣) C.E. 21 septembre 1988. D.1989. p. 124. Note; Debbasch.

مامثلنا سلفا ، لم يكن يتجاوز معدل ماقضت به من غرامة تهديدية ٥٠٠ ألــف فرنك ولم يقل هذا المعدل عن مائة فرنك يوميا . بل تلــك الإعتبـارات أيضـا توضح المعدل الزمنى الذى التزمه مجلس الدولة فى قضائه ، وتابعته فى هــذا الشأن المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية . وهو أن يتخذ مـن اليـوم وحـدة زمنية لقياس مدى تأخر الإدارة فى التنفيذ لحساب المبلغ الإجمـالى للغرامـة . ولم يثبت عنه ولو فى حكم واحد أنه اعتد بالشهر أو العام أو حتـى السـاعة . وهذا على خلاف محكمة باريس الإبتدائية التى قضت بغرامة تهديدية ضد أحـد البنوك تحسب عن كل ساعة يتأخر فيها عن تقديم المعلومـات المتعلقـة بديـن حجز عليه حجز ماللمدين لدى الغير (١) .

ومن هنا لايتقيد قاضى الغرامة لابطلبات ذى الشأن ، ولابقدر الضـــرر الذى لحق به من جراء عدم التنفيذ (٢) . ولايقال أن القاضى فى هذه الحالة يخلى بقاعدة عدم الحكم بأقل مما يطلبه الخصـوم infra petita . لأن الغرامـة لـم يقررها المشرع لإشباع رغبة الخصوم ، وإنما جعلها سبيلا لكفالة احترام أحكام القضاء . ولذا تخرج عن نطاق هذه القاعدة ، وتخضع لما يراه القاضى لازمـا لتنفيذ حكمه . ومن جهة أخرى أن عدم الإعتداد بقدر الضرر الذى لحق بـذى الشأن من عدم التنفيذ ، يفيد أن هناك فرقا كبيرا بين الحكم بالغرامـة والحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ . ومظاهر التمييز فيها تتجلى فـى عدة أمور : منها أن الغرامة مبلغ مالى متغير المقدار ، يـتردد تبعـا لرؤيـة القاضى للمعدل الذى يحمل الإدارة على التنفيذ جـبرا . وتتفـاوت مـن حالـة لأخـرى تبعـا للوحدات الزمنيـة التى انقضت من وقت الحكـم بـها حتـى تصفيتها (٣) . أما التعويض فهو مبلغ محدد ثابت يقضى به القاضى جملة واحدة لايعتريه تغيير زيادة تبعا لمدة زمنية معينة . ومن جهـة أخـرى أن الغرامـة

---

(١) TGI. Paris 25 mars 1982. R.J. 1982. P. 743.

(٢) DUGRIP (O.): op. cit. P. 22.

(٣) MALAURIE (P.) et autre : Droit civil: les obligation. Paris. Edition cijas. 7e edition . 1997. P. 597.

كإجراء تهديدى لايصلح الحكم الصادر بها مسوغا لتنفيذها جبرا قبل أن يصدر حكم التصفية . ولذا لابد من الإنتظار حتى ينجلى مصيرهـا وموقـف الإدارة النهائى من التنفيذ ، ويقوم القاضى بتصفيتها . ولعل هذا مايفسر تكييف الحكـم الصادر بها بأنه حكم مؤقت يتوقف مصيره على نتيجة التصفية [١] . وهذا علـى عكس التعويض الذى يعد الحكم الصادر به سندا لتنفيذه دون أن يعوقـه غـير اجراءات الطعن المقام ضده . وأخيرا وهـو الأهـم ، أن الغرامـة لاتقـدر كالتعويض بمعيار الضرر ؛ إذ لايعول فى تحديدها بقدر الضرر الـذى لحـق بالمحكوم له من عدم التنفيذ ، وإنما يستند فى تحديدها إلى معايير أخرى : منـها معيار الغاية منها ، وهو رؤية القاضى للمعدل الذى يكون كافيا للإجبار علـى التنفيذ . ومن ثم ليس بشرط للحكم بها وجود ضرر لحق بالمحكوم له أو عـدم وجوده . إذ الغاية منها الإجبار على التنفيذ لاجبر مانجم عن الإخلال بـه مـن أضرار [٢] .

ويترتب على ذلك التمايز بين الغرامة والتعويض نتيجة هامة مؤداهـا أن الحكم بها لايحول دون اقامة دعوى تعويض عن الأضرار الناجمة عن التـأخير فى التنفيذ . وبمعنى آخر أنه يمكن الجمع بينها وبين دعوى التعويض [٣] ، ولـذا فإنه يمكن لذى الشأن الجمع بين مبلغ الغرامة المقدر له قضائيا بعد تصفيتـها ، وبين مبلغ التعويض الذى حكم به نتيجة للأضرار التى لحقت به من جراء عـدم التنفيذ ذاته . ولعل هذا ماقصد اليه المشرع حين نص فى المـادة الثالثـة مـن قانون الغرامة التهديدية على أن الغرامة تستقل عن التعويض عـن الأضـرار المترتبة على عدم التنفيذ أو التأخير فيه .

---

(١) انظر : أ.د رمضان ابو السعود : أحكام الإلتزام . اسكندرية . دار المطبوعـات الجامعية . ١٩٩٨. ص : ٧٩.

(٢) أ.د جلال العدوى :أصول أحكام الإلتزام والإثبات . اسكندرية . منشأة المعارف ١٩٩٣. ص : ٨٣.

(٣) DUGRIP (O.): op. cit. P. 209.
DORUSQUEC (E.): op. cit. P.9.

(٣) مدة الغرامة التهديدية :

١٣٩ - تثير مسألة تحديد مدة الغرامة أمرين : أولهما المدة التى يستغرقها سريانها من جهة . والآخر اللحظة التى يبدأ منها هذا السريان . والمسألة بشقيها تركها المشرع أيضا لسلطة قاضى الغرامة التقديرية . فهو يتمتع من جهة بحرية تحديد المدى الزمنى للغرامة الذى بعده يجرى تصفيتها ، ويختار موعد بدايتها من جهة أخرى .[١] .

(أ) المدى الزمنى لسريان الغرامة :

١٤٠ - لقاضى الغرامة الخيار بين عدة أمور : إما أن يحدد مدة معينة يستغرقها سريان الغرامة ، يتوقف عند نهايتها ، لتبدأ بعد ذلك اجراءات تصفيتها ، كأن تكون لمدة شهر أو أكثر أو أقل مثلا . وإما أن يترك تلك المدة بلا تحديد فتظل مستغرقة فى سريانها ، حتى يبلغ اليأس من تنفيذ الإدارة للحكم مداه ، فتتخذ اجراءات تصفيتها ، حالئذ تتوقف عن السريان . وإما أن يعلن صراحة فى الحكم الصادر بها أنها تظل سارية حتى تمام تنفيذ الحكم الممتنع عن تنفيذه . ولاتتقيد سلطة قاضى الغرامة بشأن تلك المدة حتى ولو حددها صراحة، إذ يكون له رغم ذلك سلطة تعديل هذه المدة بعد الحكم بها زيادة أو نقصانا ، تبعا لمقتضيات الحال ، ومدى فاعلية الغرامة المحكوم بها فى التأثير على موقف الإدارة من تنفيذ الحكم [٢] .

ويؤثر القاضى الإدارى أن يتخذ من تاريخ تنفيذ الحكم نهاية لمدة سريان الغرامة . ويتفق هذا الذى آثره مع غاية الغرامة الإدارية التى تتمثل فى اعتبارها أداة للتغلب على رفض الإدارة للتنفيذ وإكراهها عليه . فإذا ماتحققت تلك الغاية ، وبلغت الإدارة بالتنفيذ مداه القانونى ، فلا حاجة اذن لاستمرار الغرامة فى سريانها . بل إن هذا يعد بمثابة رسالة يوجهها القاضى إلى الإدارة

---

(١) PERROT (P.) : l'astreinte ses aspects nouveaux. G.P. 1991. –2- P. 801.

(٢) BON (P.): op. cit. P. 39.

بأن الغرامة ستظل قائمة تتزايد يوما بعد يوم إلى أن تمتثل لحكم القضاء ، وترضخ لتنفيذه . فإن شاءت لنفسها السلامة فما عليها إلا المبادرة بالتنفيذ باعتباره غاية يتوقف عندها معدل تزايد الغرامة ، وإن ابت ستظل فى سريانها حتى ترهق ميزانيتها (١) ، وعلى ذلك ندر أن نجد حكما لمجلس الدولة أو للمحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية يغفل فيه عن ذكر عبارة تفيد انتهاء مدة سريان الغرامة بتمام التنفيذ . ولقد سقنا عددا من الأحكام تؤكد ذلك . ونضيف اليها ماقضى به مجلس الدولة من الحكم بغرامة تهديدية ٢٠٠ فرنك يوميا تبدأ من اعلان الحكم وحتى تاريخ تنفيذ الحكم الممتنع عن تنفيذه (٢) . حتى فى الحالات النادرة التى يغفل فيها عن ذكر تلك العبارة ، توجد فى حكم الغرامة من القرائن مايؤكد توقف مدة السريان عند بدء تنفيذ الحكم ، ومن ذلك ماذهبت اليه محكمة استراسبورج الإدارية من توجيه أمر إلى الإدارة بإعادة الموظف المفصول إلى عمله خلال شهرين من اعلان حكمها ، مع الحكم بغرامة تهديدية قدرها ٥٠٠ فرنك يوميا بدءا من اليوم الأول للشهر الثالث من اعلان هذا الحكم، فالأمر التنفيذى بعودة الموظف إلى عمله بمثابة قرينة تفيد بأن تحقق مقتضاه ينفى سريان الغرامة الملازمة له (٣) . بيد أنه فى بعض الحالات قد يتخذ قاضى الغرامة من ظرف آخر – زمنيا كان أم ماديا – وسيلة يستدل بها على انتهاء مدة تطبيق الغرامة ، أو إشارة بتحققها يستوقف سريانها . مثل ذلك قرينة بلوغ ذى الشأن سن التقاعد . كأن يكون الحكم بالغرامة غايته اجبار الإدارة على تنفيذ حكم صادر بالغاء فصل موظف لم يبق له من سن الخدمة إلا مدة بسيطة كشهرين مثلا أو أكثر بقليل أو اقل . وهنا يخشى قاضى الغرامة من أن يطلق للإدارة العنان ، فتماطل فى التنفيذ ، وتضع العراقيل حتى يتحقق

---

(١) BOUZELY (j.c.) : l'execution des décisions de justice par les collectivités locales. R. Ad. 1987. P. 573.

(٢) C.E. 28 mai 1993. Mme. Bestien. Rec; p. 972.
C.E. 15 octobre 1986. Mme. leroux. Rec: p. 231.
C.E. 17 mai 1985. Mme. Menneret. Rec: p. 149.

(٣) T.A. Strasbourg. 14 juillet 1995. Kallou. Rec: p. 989.

هدفها ويحال هذا الشخص للتقاعد ، دون تنفيذ الحكم الصادر لصالحه • حينئذ يعلن فى حكم الغرامة بأن الغرامة تظل سارية إما إلى تنفيذ الحكم أو بلوغ صاحب الشأن سن المعاش على أقصى تقدير . ولذا قضى مجلس الدولة بغرامة قدرها ٥٠٠ فرنك ضد الإدارة إذا لم تنفذ الحكم الصادر بالغاء فصل أحد الموظفين بإعادته إلى عمله خلال أربعة اشهر من اعلان هذا الحكم وحتى قيامها بتنفيذه أو بلوغ صاحب الشأن سن التقاعد كحد أقصى [١] .

(ب) بداية سريان مدة الغرامة :

١٤١ – كانت لحظة بدء سريان مدة الغرامة محل خلاف فى القضاء العادى فلم تستقر أحكام محكمة النقض – الدائرة المدنية – على تلك اللحظة . إذ تبنت فى بعض أحكامها رايا ذهب إلى أن مدة الغرامة تبدأ من تاريخ صدور الحكم الذى قضى بها [٢] . واعتنقت فى بعضها الآخر رأى من اعتد فى ذلك بتاريخ اعلان هذا الحكم الى المحكوم ضده [٣] . وتنحسم تلك المسألة بصدور لائحة ٣١ يوليه ١٩٩٢ التى اعترفت للقاضى بسلطة تحديد تاريخ بداية سريان الغرامة التهديدية .

ولم تثر تلك المشكلة فيما يتعلق ببدء سريان مدة الغرامة الإدارية . بل إن المشرع لم يتعرض لتلك المسألة لا من قريب ولا من بعيد . وإنما ترك أمرها لقاضى الغرامة ليقرر لحظة البدء وفقا لمقتضى الحال ، وظروف كل منازعة . ولقد اختط القاضى الإدارى له فى هذا الشأن موقفا متميزا لدرجة بالغة . فحدد لحظة البدء بانتهاء المدة التى يمهلها للإدارة لكى تستعد لتنفيذ الحكم أو تتخذ خلالها الخطوات اللازمة لوضعه موضع التطبيق العملى ، إنها المدة المعقولة التى يراها قياسية لتحقيق هذا الغرض . إذ ربما تستنهض همم الإدارة ، وتجعلها تفيق من غفوتها وتعلن سعيها للتنفيذ فتتقطع الإجراءات بتلك

---

(١) C.E. 22 fevrier 1995. Bureau. Rec. p. 991.

(٢) Cass . Civ: 27 novembre 1980. G.P. 1981 – 2. P. 14. Note: Viatte.

(٣) Cass. Civ: 9 novembre 1976. P. 261. Note : Denis.

المبادرة ، وتتوقف عند هذا الحد . انها محاولة أخيرة يستهدف من خلالها القاضى تحقيق اعتبارين : الحفاظ على مالية الإدارة حرصا على الصالح العام، وعدم التضحية بما للأحكام من حجية واحترام .

ولقد رأينا أن تحديد المدة المعقولة يتوقف على قدر مايمثله تنفيذ الحكم بالنسبة للطاعن من أهمية ، ومقدار ما يتطلبه من اجراءات ادارية ومالية لابد أن تتبعها الإدارة لحدوثه . والمتتبع لأحكام القضاء الإدارى فى هذا الشأن يلحظ أن تلك المدة تتراوح مابين ثمانية أيام (١) وستة أشهر (٢) أو ثمانية أشهر (٣) . وإذا كنا عددنا اسباب قصر أو طول تلك المدة فيما عرضنا له من أحكام فى هذا الشأن . فيكفى أن نذكر بأن مدة سريان الغرامة تبدأ من اليوم التالى لانقضاء هذه المدة . فإذا كان هذا اليوم يوم عطلة ، تبدأ المدة فى سريانها من أول يوم عمل ، إذ هو اليوم الذى تتمكن فيه الإدارة من اتخاذ اجراءات تنفيذ الحكم وفقا للقواعد العامة - ولايفوتنا أن نشير أخيرا إلى أن المدة المقبولة التى يبدأ بعد انقضائها سريان مدة الغرامة ، تبدأ من يوم اعلان الحكم بالغرامة إلى الإدارة (٤) . ولكن على خلاف ذلك تماما قد لايعطى قاضى الغرامة مهلة للإدارة لتنفيذ الحكم، وحالئذ تبدأ سريان الغرامة من اليوم التالى لاعلان الحكم

.

---

(١) T.A. Rennes : 28 septembre 1995. Mlle Jehan et autres. Rec: p. 984.

(٢) C.E 21 fevrier 1997. Calbo. Rec: p. 1018. J.C.P. 1997-2- 22866. Note: M.L

C.E 13 janvier 1997. Viscentini. Rec: p. 1018.

C.E. 4novembre 1994. Mme. Leportier. J.C.P. 1996-2-22588 – concl: schwartz.

C.E. 15 avril 1988. Mme: Bechet. Rec. P. 968.

C.E. 27 mai 1987, sté: " les tennis jean Becler. Rec: p. 890.

C.E. 21 fevrier 1997- Calbo. Rec: p. 1018. J.C.P. 1997 2 – 22866. Note : M.L.

(٣) C.E. 28 mars 1997, union nationnale des associations familiales. R.F.D. Ad. 1997. P. 663.

(٤) C.E 27 mai 1987. Sté: les tennis jean Becker. Rec, p. 890.

الصادر بها وحتى التنفيذ [١] .

ثانيا : الحكم برفض طلب الغرامة التهديدية :

١٤٢ – لئن كان رفض الطلب يعنى رفض الحكم بالغرامة ، فإنه يثير من الناحية العملية أمورا ثلاثة : الفرق بينه وبين ماتماثل معه فى الأثر كالحكم بألا محل للطلب ، والحالات التى تستوجب الحكم به ، وأخيرا مدى اعتبار نهائية رفض الإدارة لتنفيذ الحكم سببا لرفض طلب الحكم بالغرامة .

(١) الفرق بين الحكم بالرفض والحكم بألا محل للطلب :

١٤٣ – أحيانا يحكم قاضى الغرامة برفض الطلب . وفى حين آخر نـراه يحكم بألا محل للطلب . وعلى قدر اتحادهما فى الأثر ، إذ أن كليهما يفضى إلى عدم الحكم بالغرامة المطلوبة ، فإن بينهما اختلافا فى المعنى ، يستتبع مغايرة فى بعض اجراءات التطبيق .

(أ) معيار التفرقة بين الحكم بالرفض والحكم بألا محل :

١٤٤ – إن الحكم بألا محل يضع نهاية لخصومة الغرامة قبل أن تتحسم بحكم فيها . وهو جريا على الأصل يرجع إلى سببين : أولهما انتفاء محل الطلب الذى به يفقد سبب وجوده . والآخر التصحيح التشريعى لآثار حكم الإلغاء الذى قدم طلب الغرامة للإجبار على تنفيذه [٢] . ولكن مايهمنا السبب الأول باعتباره مثار الغموض فى التفرقة بينه وبين رفض الطلب ، لأنه من حالات الرفض أيضا أن يفقد الطلب سبب وجوده . وهذا مايحدث عند تنفيذ الحكم المطلوب تنفيذه . هذا إلى أن السبب الآخر عرضنا له تفصيلا سلفا .

ودون الخوض فى تفصيل تلك المسألة ، إذ المقام لايحتمله ، يمكن أن نستخلص من الإتجاه القضائى لمجلس الدولة أن معيار التمييز فيها يكمن فى وقت التنفيذ فى علاقته بالطلب . أى ماإذا كان التنفيذ سابقا أم لاحقا على تقديم

---

(١) C.E. 28 mai 1993 Mme Bastien. Rec: p. 972.

(٢) CHAPUS (R.) : Droit du contentieux... op. cit. P. 528-530.

الطلب [١] فإن كان سابقا على تقديم طلب الغرامة الى المحكمة المختصة ، ففي هذه الحالة يقضى برفضه [٢] . أما إذا كان لاحقا رفع بعد تقديمه إلى ذات المحكمة ، حالئذ يكون عليها أن تقضى بألا محل له ، إذ بالتنفيذ يفقد الطلب مبرره [٣] .

وبعيدا عن هذا المعيار ، الذى نرى فى بعض الأحيان يخرج القاضى الإدارى عليه ، فيقضى بالرفض فى حالات يستوجب الحكم بألا محل للطلب أو العكس [٤] ، نقول بعيدا عن اعتبار توقيت التنفيذ معيارا للتفرقة بين حالات الرفض وألا محل للطلب . هناك حالات أخر يقضى فيها بالرفض دون أن ترتبط بالتنفيذ ، كالحكم برفض الطلب لتقديمه من غير ذى صفة [٥] أو على غير ذى صفة [٦]، أو لعدم تسديد الطالب رسم الدمغة [٧] ، أو الحكم برفضه لتقديمه دون مراعاة شرط الميعاد [٨] . وعلى الجانب الآخر تتعدد حالات الحكم

---

(١) GUETTIER (ch.) : op. cit. P. 28.

(٢) C.E. 27 mars 1996. Boulogne. Rec. p. 1104.
C.E. 3 février 1993. Boissonnet. Rec: p. 972.
C.E. 10 février 1984, Mlle. Singer. Rec: p. 712. R.D.P. 1985. Note : Drago.
C.E. 2 juillet 1982. Narboni. R.D.P. 1983. P. 856. Note: Drago.

(٣) C.E. 26 juin 1995, M.Tasset. J.C.A. 1997. P. 28.
C.E. 30 mai 1994. M. et Mme Piget. 2. C.A. 1995. P.4.
C.E. 27 jullet 1990. Samper. R.D.P. 1991. P. 867. Note : Drago.
C.E. 31octobre 1983. M. Mélei : R.D.P. 1985. Note: Drago.

(٤) GUETTIER (ch.): op. cit.p. 28.

(٥) TAA. Paris 28 mai 1996. S.A.R.L Media cenema Amenagement. Rec. P. 1111.
C.E. 13novembre 1987. Mme tusques et Marcaillou. Rec: p. 360.

(٦) C.E 6 fevrier 1995. Mme petillon. Rec. p. 965.

(٧) C.E 6 février 1995, Mme Pétillon-chenitzer. Rec: p. 965.

(٨) C.E 14 decembre 1994. M. Bennet. J.C.A. 1995. P. 3.

بألا محل للطلب دون صلة بمسألة التنفيذ مثل ذلك الحكم بـــألا محـــل لطلـــب الغرامة لاستحالة التنفيذ [1] . ولكن لايجمعها معيار عام يمكن على هديه اجـراء تلك التفرقة .

(ب) أثر التفرقة بين الحكم بالرفض والحكم بألا محل :

١٤٥ - وقد يعن للبعض أن يتساءل عن القيمة العملية لتلك التفرقـــة ؟ . الحق أن للتفرقة أهمية لاتنكر ، إذ على اساسها يتحدد أمران : الطرف الـــذى يتحمل المصاريف القضائية جميعها ، والطرف الخاسر فى الدعوى الذى يلـــتزم بدفع ماتقرره المحكمة من أتعاب التقاضى للطرف الآخر وفقا للمـــادة ٧٥ مـــن قانون ١٠ يوليه ١٩٩١ ، والمادة ٨ من التقنين . فمن الناحية الأولى فى حالـــة الرفض يتحمل بتلك المصاريف مقدم طلب الغرامة ذاته ، أما فى حالة الحكـــم بألا محل للطلب تتحمل بها الجهة الإدارية التى قدم الطلب فى مواجهتـــها ، إذ أن امتناعها عن التنفيذ كان سببا لتقديمه فتتحمـــل لـــهذا الخطـــأ عـــبء تلـــك المصاريف [2] .

ومن الناحية الأخرى فى حالة الحكم برفض الطلب لايحق لمقدمه مطالبة الإدارة بدفع النفقات أو المصاريف التى يلتزم بدفعـــها الطـــرف الخاســـر فـــى الدعوى إلى الطرف الآخر . وهذا على عكس الحال فيما إذا كان الحكـــم بـــألا محل للطلب ، حالئذ يكون لمقدم الطلب أن يطلب من قاضى الغرامة أن يحكـــم له بتلك النفقات ، ويخضع تقدير هذه النفقات لقاضى الغرامة [3] . وعلى ذلـــك قضى مجلس الدولة بأنه إذا كان لامحل لطلب الغرامـــة التهديديـــة لأن الإدارة اتخذت خطوات ايجابية تحد تنفيذ الحكم بعد إيداعه أمانة القسم القضائى لمجلـس

---

(١) C.E. 6 mai 1988. M. Bellot. Rec: p. 884.
C.E. 27 mars 1987. Mme Laulaney. R.D.P. 1987. P. 1388. Note : Drago.

(٢) LEOLMI (S.): Frais de justice . Repertoire de contentieux administratif. Dalloz. Mise a jour 1993. T.1.p.5.

(٣) C.E 10 mai 1996. M. Deck. J.C.A. 1997. P. 28.

الدولة فإنه يكون للطالب الحق فى الحصول من الإدارة علـــى مبلـــغ ١٠٠٠٠ فرنك نظير ماتكبده من نفقات قضائية (١) .

(٢) حالات رفض الطلب :

١٤٦ – مدار تلك الحالات هنا ، فضلا عما ذكرنا سلفا ، ثبـــوت تنفيـذ الإدارة للحكم الذى امتنعت عن تنفيذه ، فإن تحقق تنفيذها للحكم كان لا معـــدى عن الحكم برفض الطلب . ولذا قضى بأنه إذا ثبت أن وزير الصحة قد قدم لذى الشأن صورا من المستندات المطلوبة تنفيذا لحكم الغاء رفضه تسـليمها اليــه ، فإن هذا يعنى أنه قد نفذ حكم الإلغاء مما يقتضى رفض طلب الحكـــم بغرامـة تهديدية لإجباره على تنفيذ هذا الحكم (٢) .

كما قضى من ناحية ثانية بأنه إذا كان وزير الإسكان والنقل قد قام بسداد مبلغ ٤٦٥١٦٤٧ فرنك فى ٢٤ فبراير ١٩٨٩ ، ومبلغ ٢٢ر٥٨٢ فرنك فى ٢٠ مارس ١٩٨٩ تنفيذا لحكم محكمة استراسبورج الإدارية الصادر فـــى ٥ مـــايو ١٩٨٨ لصالح الشركة الطالبة ، فإن هذا الحكم يكون قد نفـــذ بمـــا مفـــاده أن الطلب المقدم إلى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديديـــة لتنفيـــذه يكـــون حقيقـــا بالرفض (٣) .

وليس بلازم تمام التنفيذ للحكم برفض الطلب . وإنما يتحقق ذات الأثـــر إذا شرعت الإدارة فى اتخاذ اجراءات التنفيذ ، أو أعلنت عن رغبتها الصادقـــة

---

(١) C.E 21 juillet 1995. Guibé. J.C.A. 1997. P. 28.
C.E. 15 juin 1994. M. Bergeret. Rec: p. 217.

(٢) C.E 24 fevrier1984. M. Tete. Rec: p. 712.
C.E. 12 decembre 1984. Gardes. Rec. p. 420.

(٣) C.E 20 juin 1990, societé Nordatlantische Hochsedefis. Cherie. R.D.P. 1991 note : oberdorff.
C.E 17 mars 1993. organisme de gestion de l'enseig nement catholique de Saint-Joseph et Notre – Dame de Toutes joies et autres. Rec. p.972.

فى البدء فيه [١] . ولذا قضى برفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار عمدة مدينة sarlat على تنفيذ حكم محكمة بوردو الإدارية بإلغاء قراره برفض السماح للطالب بالإطلاع على الوثائق الإدارية التى يرغب فى الإطلاع عليها ، إذ ثبت أن العمدة اتخذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم الإلغاء . بأن أخطر الطالب عن طريق قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة بعزمه على تنفيذ الحكم . وأقرن ذلك بالوثائق المطلوب الإطلاع عليها ، معلنا استعداده لإتاحة الفرصة للطالب للإطلاع على مايرغب من الوثائق بمقر العمدية . الأمر الذى يجب معه الحكم برفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبارها على تنفيذ هذا الحكم[٢] .

وما ينبغى أن يند عن الخاطر أن قاضى الغرامة ليس قاض استئناف للحكم المطلوب تنفيذه تحت التهديد المالى ، أى الغرامة التهديدية . فلا يكون له تبعا لذلك مثلا أن يرفض طلب الغرامة ، لأن الحكم المطلوب تنفيذه قد اعتراه عيب يفقده الصحة ، وينتهى به إلى البطلان ، إذ أن بحث ما إذا كان حكم الإلغاء أو التعويض فعلا توافرت موجباته بأن انطوى القرار المطعون فيه على أحد عيوب الإلغاء ، أو انطوى تصرف الإدارة المفضى الى حكم التعويض على خطأ أضر بالطالب مما استوجب الحكم بتعويض له ، لايكون لقاضى الغرامة أن يرفض طلبها لأى من تلك الأسباب ، لأن حالته تتعدى دوره الذى لايتجاوز التحقق فى فحصه لهذا الطلب من مدى توافر عدم التنفيذ والأسباب التى أفضت بالإدارة إلى الإمتناع عنه، ليقرر ماينبغى عليه اتخاذه لفرض

---

(١) C.E 8 avril 1994. Mme: Ballazi. D.C.A. 1995. P.3.
C.E. 4 novembre 1994. E Abed El Alaoui. Rec. p. 493. A.J. 1995. P. 231. Concl: Abraham.

(٢) C.E 6 mai 1983. M. Couderc. Rec: p. 178. A.J. 1983. P. 434.
C.E. 28 mai 1986. Sté Notre – Dame des fleurs. Rec. p. 151. A.J. 1986. P. 461. Observ : Moreau.

احترام هذا الحكم على الإدارة (١) .

(٣) مدى اعتبار نهائية الرفض الإدارى للتنفيذ سببا لرفض طلب الغرامة :

١٤٧ – ذكرنا أن ذا الشأن لابد أن ينتظر انقضاء مدة ستة اشهر من اعلان الحكم المطلوب تنفيذه حتى يمكنه التقدم بطلب الحكم بالغرامة لتنفيذه . والسبب فى اختيار مدة الستة الأشهر لتكون ميعادا لتقديم الطلب ، انها تتكون من جزء من مدة الأربعة الأشهر التى إذا انقضت دون رد الإدارة يعتبر هذا الصمت بمثابة رفض ضمنى (٢) . ومدة الشهرين الباقية ، وهى المدة التى من المفروض الطعن خلالها فى ذات القرار الضمنى بالإلغاء ، وإلا صار هذا القرار أو الرفض نهائيا مما لايمكن معه الطعن فيه بالإلغاء .

وفى العديد من أحكامه اعتبر مجلس الدولة أن تحصن قرار رفض التنفيذ الضمنى ، لعدم قيام ذى الشأن بالطعن فيه بالإلغاء خلال شهرين من اليوم التالى لانقضاء مدة الأربعة الأشهر على عدم رد الإدارة على طلبه المقدم اليها بتنفيذ الحكم ، يحيله إلى قرار نهائى يستوجب رفض طلب الحكم بالغرامة لإجبار الإدارة على تنفيذه ، إذ أن الصفة النهائية للرفض تحول دون الحكم بغرامة تهديدية لكفالة التنفيذ (٣) .

ويثور التساؤل عن سبب اعتناق مجلس الدولة لهذا الحل ؟ ويثور أيضا لما لم يطبقه على طلب السيدة Menneret التى لم تطعن فى قرار المجلس البلدى برفض تسجيل اسم والدها (مات من أجل فرنسا) على النصب التذكارى لموتى الإقليم من أجل فرنسا ، تنفيذا لحكم محكمة ليموج الإدارية الصادر فى أول فبراير ١٩٧٧ ، رغم صيرورة هذا الرفض نهائيا لعدم طعن

---

(١) HUBAC (S.) et autre : chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1985. P. 399.

(٢) RIVERO (J.) et WALINE (J.) : op. cit. P. 187.

(٣) C.E. 2 decembre 1983. Mlle leroux. Rec: p. 482. R. Ad. 1984. P. 265. Note: pacteau.

الطالبة فـــي قرار الرفض خلال مدة الشهرين (١) .

يكمن سبب ذلك فى مدى مايترتب على قرار رفض التنفيذ مـــن حقــوق للغير . ففى الحالات التى لايترتب للغير أية حقوق على قرار الرفض ، لاينكــر مجلس الدولة على الطالب حقه فى طلب الغرامة حتى ولو لم يطعن فى قـــرار الرفض خلال المدة القانونية . أما إذا ترتبت هذه الحقــوق يكــون هنــا محــل لتطبيق هذا الحكم (٢) ، ولذا لما كان قرار رفض تسجيل والد السيدة Menneret غير منشأ لأى حق للغير ، ولم يكن هناك من حل محله فى التسجيل اداريـــا ، فإن مجلس الدولة لم يرفض طلب الغرامة . وهذا على خلاف الوضع بالنســـبة لطلب السيد Davaid بالحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على إعادتـــه إلـــى عمله بعد الغاء قرار فصله ، فقد ترتبت على رفض الإدارة لتنفيذه حقوق للغير ، إذ عينت الإدارة بدلا منه ، ولذا فإن عدم طعنه فى قرار الرفض حال بينه وبين قبول طلبه بالحكم بالغرامة لتنفيذ حكم الغاء فصله ، على اعتبار أن تنفيذ هـــذا الحكم فى هذا الحال سوف يضر بحقوق من عين بدلا منه حسن النية (٣) .

وعلى قدر ماينطوى عليه هذا المبدأ من منطق ، إلا أنه كـــان عرضـــة لانتقادات فقهية شديدة . فمن ناحية إذا كان احترام حجية الأحكام تعـــد التزامـــا مطلقا على الإدارة ، فإنه بالحل الذى تبناه مجلس الدولة يقع الإصطدام لامحالـــة بين هذا الإلتزام وبين نظام المواعيد المطبقة بشأن دعوى الإلغاء . إذ مع تقديـــو هذه المواعيد ، وما تقوم عليه من اعتبارات إلا أنه فى مقام المفاضلة بينها وبين

---

(١) C.E. 17 mai 1985. Mme: Menneret. Rec: p. 149.

(٢) PACTEAU (B.): note sous C.E. 4 mai Mlles Adin et leroux. 1990. L.P.A 13 juin 1990. p. 14.

(٣) DAEL (S.) : conclusions sur C.E. 5 mai 1986. David. Rec: p. 130 Pacteau (B.) : note sous C.E 2 decembre 1983. Mlle: leroux. R. Ad. 1984. P. 265.

احترام حجية الأحكام تكون الغلبة بلا شك لـــهذه الأخـيرة ـ التـى لايمكـن التضحية بها من أجل الحفاظ على الإلتزام بتلك المواعيد [١] .

ومن جهة أخرى أن اعتبار نهائية رفض التنفيذ ســببا لرفـض طلـب الغرامة التهديدية يخالف ارادة المشرع التى يكشف عنــها قـانون ١٦ يوليـه ١٩٨٠، والتى تتمثل فى حث أشخاص القانون العام على سرعة تنفيذ الأحكـام الإدارية احتراما لما لها من حجية . هذه الرغبة نراه قد قلبت راسا على عقـب بتبنى هذا الحل ، لأنه يعنى من المستحيل ادانة الإدارة بغرامة تهديديـة حتـى ولو انتهكت حجية الشئ المقضى به انتهاكا جسيما حال أن يغيب عن الطـالب الطعن فى قرارها بالرفض خلال موعده . وإذا قيل أن الطالب لابد أن يكـون متيقظا لايغفل عن اقامة هذا الطعن فى موعده ، يرد على ذلك بأن هذا يخـالف أيضا إرادة المشرع الماثلة فى قانون الغرامة من أن الغرامة سبيل لمنع تراكـم الطعن فوق الطعن ، والتكالب الإجرائى على ذات التصـرف ، إذ أن الغرامـة فى قصد المشرع طريقة تحول دون التعدد الـهائل للطعـون علـى الطعـون والإلغاءات فوق الإلغاءات [٢] . فإذا كان ذلك كذلك لما يمنع قبول طلبها إذا لـم يقم الطالب طعنا بالإلغاء على قرار رفض الإدارة التنفيذ ؟! ودعونا نتساءل هل احترام حجية الأحكام لايفرض على الإدارة مباشرة ، ويلـزم لحدوثـه اتبـاع طريق آخر للطعن فى قرار الرفض ؟! .

وهب أن هذا الحل لايخترق به مجلس الدولة كل تلك الحجج القانونيـة ، فإن هذا لايطهره من شائبة الخطأ ، إذ أنه بمثابة جزاء للمحكوم لصالحه المتيقظ الذى يتوجه إلى الإدارة بطلب سابق لتنفيذ الحكم الصادر لصالحه فإذا لم يطعـن فى قرارها الضمنى بالرفض فإن حاله يكون أسوأ من حال نظيره الذى لم يتبـع ذات الطريق ، ولم يتجه إلى الإدارة طالبا تنفيذ الحكم الصادر أيضا لصالحـه .

---

(١) LLORENS (F.): note sous C.E. 5 mai 1986. David. R.D.P. 1986. P. 1474.

(٢) DELVOLVE (P.) : op. cit. P. 125.

فالأول يفقده الحرص طلب الحكم بالغرامة ، والآخر تفيده الغفلة فى أن يكـــون طلبه مقبولا !! (١) .

وإذا قيل أن هذا الحل يعد محاولة من مجلس الدولة لحث الطالب علـــى أن يبذل قصارى جهدة لملاحقة الإدارة بالتنفيذ من جميع الأوجه المتاحـــة لـــه قانونا . فإن هذا يمكن الرد عليه بأنه لما لاتعد كل مبادرة من الطـــاعن بمثابـــة حث لها على التنفيذ ، أو سعى منه نحو تنفيذ الحكم الصادر لصالحـــه ، ومـــن ذلك تقديم طلب الى قسم التقرير بمجلس الدولة بالمساعدة القضائية فى التنفيـذ أو طلب الغرامة الى قاضيها قبل انتهاء مدة الطعن ، واعتبار هذا الطلـــب أو ذاك قاطعا لميعاد الطعن بتجاوز السلطة ؟! (٢) . بل ولما لايعتـــبر مجلـــس الدولـــة انتصارا لحجية الأحكام الإدارية ، قرار الإدارة برفض التنفيذ عملا منعدمـــا ، وتطبق عليه الأحكام الإجرائية للإنعدام ، فلا يخضع لشرط المدة ، ولايكتســـب خاصية التحصين الذى يفضى إلى رفض طلب الحكم بالغرامة التهديدية (٣) .

ونأتى على حجة الحقوق المكتسبة التى كانت وراء اقـــرار هـــذا الحـــل القضائى . فهى بدورها لاتنهض مبررا لقبوله ، وإلا لكان هذا معناه أن اكتساب الحقوق يمكن أن يمثل مبررا لخرق حجية الشئ المقضى . فالحجية اتفاقا تمثـــل سياجا للمقتاضى ، وتعد بمثابة ضمانة لحماية تلك الحقوق . ولـــذا فـــلا يمكـــن التعلل بالحق المكتسب لإهدار مالها من قيمة (٤) . هذا إلى أن سياســـة مجلـــس الدولة فى اعتبار الرفض نهائيا حائلا دون الحكم بالغرامة غير محـــددة . ففـــى بعض المنازعات نجد أنه لايعمل هذا الحل ولايثر فكرة الحقوق المكتسبة لتبرير رفض الحكم بالغرامة ، رغم وجود أضرار بتلك الحقوق بشأنها . حتـــى فـــى

---

(١) LLORENS (F.) : op. cit. P. 1470.

(٢) LLORENS (F.): op.. cit. P. 1480.

(٣) LLORENS (F.): op. cit. P. 1479.

(٤) VANNAKOOVLOS (C.): la notion de droits acquis en droit administratif française. Paris. L.G.D.J. 1997. Preface de Gaudmet. P. 49.

منازعات الوظيفة العامة خرج على القواعد العامة بشأنها والتى تقضى بأنه يترتب على الغاء قرار الفصل اعادة الموظف المفصول إلى وظيفته حتى ولو ترتب على ذلك اعتداء على حقوق مكتسبة للغير . وهذا مايجرى عليه قضاء مجلس الدولة التقليدى فقد حكم فى قضية Rodiere [١] . فلما يأتى هنا ليرتد عن قضائه بأن يعلن أن رفض إعادة الموظف تنفيذا لحكم الغاء فصله ، إذا صار نهائيا بعدم الطعن فيه خلال مدة الطعن ، يستوجب رفض طلب الغرامة التهديدية لكفالة تنفيذه ؟!

أفضت تلك الأسباب إلى صدور لائحة ١٥ مايو ١٩٩٠ لتحد من نطاق هذا الحل القضائى الذى وقف حجرة عثرة دون قبول العديد من طلبات الحكم بالغرامة . فقد أدخلت بمقتضى المادة ١٣ منها مادة جديدة إلى لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ هى المادة ٥٩-٧ التى تنص على أنه : **القرار الإدارى الصريح برفض طلب المحكوم له الذى يقدمه إلى الإدارة لتنفيذ الحكم الصادر لصالحه ، هو الذى يجعل ميعاد الطعن بالإلغاء على هذا القرار ساريا دون القرار الضمنى . ويترتب على تقديم طلب الغرامة وقف ميعاد الطعن فى هذا القرار الصريح برفض التنفيذ . وبمقتضى لائحة ٣ يوليه ١٩٩٥ أدخلت بمقتضى مادتها الثانية عشر هذه الأحكام فى التقنين ضمن المواد ٢٢٢ ، ٢٢٢-١ من التقنين .**

ترتبت على هذا التعديل ثلاث نتائج : **أولها إذا قدم طلب الغرامة قبل انقضاء مدة الطعن بالإلغاء ضد القرار الصريح برفض التنفيذ ، فإن هذا الطلب يوقف ميعاد الطعن حتى يصدر الحكم فى هذا الطلب بقبوله أو برفضه .** ولمعرفة امكانية الطعن فى قرار الرفض بالإلغاء من عدمه ، تحسب المدة من اعلانه أو علمه اليقينى بقرار الرفض الى يوم تقديم طلب الغرامة ، ثم تحسب المدة من اليوم التالى لصدور حكم الغرامة وحتى اقامة الطعن ، فإذا كانت شهرين أو اقل كان الطعن مقبولا ، وإن تجاوزت هذه المدة ، كان مرفوضا .

---

(١) C.E 26 decembre 1926. Rodiere – R.D.P. 1926./ p. 32. Concl: Cohen-Salvador.

أما الأخرى فمؤداها إذا طلب المحكوم له من الإدارة تنفيذ الحكم قبل انقضاء مدة الأشهر الست الذى يلتزم بتقديم طلب الغرامة بعد نفاذها ، فإن التزام الإدارة الصمت لايجعل مدة الطعن تسرى ، وحالئذ يمكنه تقديم طلب الغرامة فى جميع الأحوال . وبهذه النتيجة ألغى قضاء مجلس الدولة السابق تحليله الذى كان يعتبر عدم الطعن فى قرار الرفض الضمنى خلال مدة الأشهر الست سببا لرفض طلب الغرامة ؛ لأنه بعدم الطعن يصير الطعن نهائيا، ويتحقق من الإلغاء . وأخيرا إذا الإدارة قررت صراحة عدم تنفيذ الحكم، فإن قرارها الصريح فقط هو الذى يجعل ميعاد الطعن بالإلغاء ساريا ، ويكون على المحكوم له إذا اراد أن يكتب القبول لطلبه بالغرامة أن يطعن فى القرار الصريح بالإلغاء خلال شهرين من اعلانه أو علمه به يقينا [١] . اذن أصبح قرار رفض التنفيذ الصريح لا الضمنى هو الذى عدم الطعن فيه خلال المدة القانونية يحيله إلى قرار نهائى يفضى إلى رفض طلب الغرامة .

ثالثا : الطعن فى الحكم الصادر بالغرامة التهديدية :

١٤٨ - يفرق فى مدى قابلية الحكم الصادر فى طلب الغرامة للطعن بين ما إذا كان حكما بالقبول أم بالرفض .

١ - مدى جواز الطعن فى حكم الغرامة :

١٤٩ - يفترق جواز الطعن فى الحكم الصادر بالغرامة تبعا لنوع الغرامة المحكوم بها : أى وفقا لما إذا كانت مؤقتة أم نهائية .

(أ) الطعن فى الحكم الصادر بالغرامة المؤقتة :

١٥٠ - من حيث الأصل لايتمتع الحكم الصادر بالغرامة المؤقتة بحجية الشئ المقضى به ، وذلك لأن للقاضى الآمر بها سلطة تعديلها ، كلما استوجبت الظروف ذلك . ولذا فإن مقدارها يتردد زيادة ونقصا تبعا لمقتضى الحال. بل وقد تكون عرضة للإلغاء كليا إذا قدر القاضى أن الغاءها أمر تستوجبه

---

(١) VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.) : op. cit. P. 383.

الظروف أيضا [١] .

وترتيبا على ذلك لايعد الحكم الصادر بها حكما قطعيا ، وإنما هو حكم تحضيرى يفصح النطق به عن سبب إصداره . ولـذا فإنه لايقبل الطعن بالإستئناف ولا بالنقض إلا مع الحكم الصادر فى الموضوع [٢] ، أو مع الحكم الصادر بالتصفية .

ومن جهة أخرى ، وجريا على الأصل الإجرائى تتماثل الغرامة المؤقتة مع اجراءات التحقيق التى تتخذها المحكمة المختصة . ولما كانت تلك الإجراءات لاتقبل الطعن بالإستئناف أو بالنقض ، وفقا للمادة ١٧ من تقنين المرافعات المدنية الجديد فى فرنسا ، إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع . فكذلك الحكم الصادر بالغرامة المؤقتة لايقبل الطعن استقلالا ، وإنما يطعن فيه مع الحكم الصادر فى الموضوع أو الحكم الصادر بتصفية الغرامة المحكوم بها [٣]

(ب) الطعن فى الحكم الصادر بالغرامة النهائية :

١٥١ – يتماثل الحكم الصادر بالغرامة النهائية مع ذاك الصادر بالغرامة المؤقتة من حيث عدم التمتع بحجية الشئ المقضى به ، إذ على الرغم من عدم قابلية مقدار الغرامة النهائية للتعديل أو الإلغاء إلا أن الحكم بها لايعد حكما قطعيا ، لأن تعرضها للتعديل فى حالتى القوة القاهرة والحدث الفجائى وفقا للمادة الرابعة من قانون الغرامة التى تعطى لقاضى الغرامة سلطة تعديلها، يجعل الحكم بشأنها قابلا للتعديل ولو جزئيا [٤] .

ولكن علـى الرغم من ذلك يجوز وفقا لتقنين المرافعات المدنية الفرنسى

---

(١) DU RUSQUEL (E.): Astreintes: astreinte prouvisoire J.C.pr. civ. 1994. Fas: 2130. P. 14.

(٢) انظر : أ.د احمد ابو الوفا : نظرية الأحكام فى قانون المرافعات . اسكندرية . منشأة المعارف . الطبعة الخامسة . ١٩٨٥. ٤٣٢-٤٣٣.

(٣) DONNIER (M.): op. cit. p. 94.

(٤) BON (P.): op. cit. P. 41.

الطعن فى هذا الحكم استقلالا سواء بالإستئناف أو النقض . إذ أن صفة الثبات النسبى التى تمتاز بها الغرامة النهائية تنفى عنها وصف اعتبارها أحد اجواءات التحقيق التى لايقبل الطعن فيها سواء بالإستئناف أو النقض [١] .

ونظرا لعدم معالجة المشرع الإدارى لقابلية الحكم الصادر بالغرامة النهائية للطعن ، ولأن المرافعات المدنية تعد مصدرا للمرافعات الإدارية يؤخذ من أحكامها مالايتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين المنظمة لإجراءات التقاضى أمام القاضى الإدارى . فإنه لامناص من تطبيق هذا الحكم بشأن الغرامة النهائية فيكون الطعن فى الحكم الصادر بها مقبولا . فإذا جرى الطعن ، وقضت محكمة الطعن بإلغاء الحكم الصادر بها ، زالت وزال بأثر رجعى ماترتب عليها ، أما إذا أيدت محكمة الطعن الحكم الصادر بها ، فإنها تسرى لا من يوم صدور حكم الطعن وإنما من يوم صدور حكم أول درجة بها[٢] . ولكن إذا عدل قاضى الإستئناف من معدل الغرامة ، فإن هذا التعديل لايسرى بأثر رجعى ، وإنما يجرى سريانه من يوم صدور حكم الإستئناف • وذات الوضع إذا أخرت محكمة الإستئناف ميعاد بدء سريان الغرامة ، فإنه لايبدأ فى التطبيق إلا من التاريخ الذى تحدده ولايسرى بأى حال بأثر رجعى [٣]

(٢) مدى الطعن فى الحكم الصادر برفض الغرامة :

١٥٢ – بداية من حيث طبيعته يعد الحكم الصادر برفض طلب الغرامة – أو بالا محل للطلب – حكما قطعيا . إذ تنحسم بصدوره خصومة الغرامة التهديدية كليا ، ولذا يكون من اللازم أن يصدر مسببا ، ولقد رأينا إلى أى مدى كان مجلس الدولة – والمحاكم الإدارية العادية والإستئنافية أيضا –

---

(١) DONNIER (M.): op. cit. P. 95.

(٢) Cass. Civ . 23 avril 1986 . G.P. 1987-1- p. 46. Observ: Guinchard et Moussa.

(٣) DU RUSOUEC (E.): op. cit. P. 14.

يحرص على تسبيب أحكام الرفض، إذ غياب تسبيبها يبطل الحكم لانتفاء اجراء جوهرى لازم توافره [1] .

واهتداء بالقواعد العامة فى قانون المرافعات المطبقة فى هذا المجال نظرا لغياب قواعد اجرائية خاصة فى هذا الشأن ، يفرق فى إمكانية الطعن فى حكم الرفض بين أمرين : إذا كان الحكم الصادر بالرفض يستند فيه إلى استحالة تنفيذ الحكم لأى من اسباب هذه الإستحالة سالفة البيان . فهذا معناه أن التنفيذ لم يعد ممكنا ، حالئذ يكون حكم الرفض قطعيا جائز الطعن فيه بأى من طرق الطعن . ولكن فى الحالات التى يرجع فيها حكم الرفض الى أن الإدارة أعلنت عن رغبتها فى التنفيذ ، أو أنها بدأت بالفعل اتخاذ خطواته الأولى ، يكون هذا الحكم وقتيا ، لأن مسالةى التنفيذ لم تنحسم بعد ، إذ ربما تعدل الإدارة عن اتجاهها أو تتبدل رغبتها فى التنفيذ ، بعد وثوقها من حكم الرفض[2] حالئذ يكون للطالب تجديد طلبه بالغرامة لإجبارها على تنفيذ ماوعدت ، أو استكمال مابدأته من خطوات تنفيذ الحكم ، والأثر ذاته يتحقق إذا قدر قاضى الغرامة أن الإدارة تمر بظروف مالية يصعب عليها معها تنفيذ الحكم . كأن لاتوجد اعتمادات مالية مثلا لتنفيذ أحكام التعويض الصادرة ضدها ، فيرفض طلب الغرامة . هنا تكون لحكم الرفض صفة الأحكام الوقتية ، فحال أن تمر تلك الظروف ، ويتحقق يسارها يمكن إعادة تقديم الطلب لإجبارها على تنفيذ الحكم . وفى كلتا الحالتين يكون لذى الشأن الطعن فى حكم الرفض وفقا لنظام الطعن فى الأحكام الوقتية [3] .

ويثور التساؤل حال الطعن بالإستئناف فى حكم الرفض ، فماذا لو ألغى قاضى الإستئناف حكم الرفض ، وقضى بغرامة تهديدية ، هل تسرى هذه الغرامة من يوم صدور حكم الإستئناف باعتباره الحكم الذى قضى بها ، أم من

---

(١) أ.د. احمد ابو الوفا : نظرية الأحكام ... المرجع السابق . ص : ١٧٧ .

(٢) L.T : note sous C.E. 14 novembre 1997. M. Janky. R. Ad. 1998. no: 64. P. 21.

(٣) انظر : أ.د. احمد ابو الوفا : نظرية الأحكام ... المرجع السابق . ص :٤٣٣.

يوم صدور حكم الرفض باعتباره الوقت الذى ثبت للطالب حـــق فـــى الحكـم بالغرامة لولا خطأ قاضى الغرامة ؟ . على نحو ما استقر عليه قضاء مجلـــس الدولة يكون لقاضى الإستئناف حالئذ تحديد الميعاد الذى يبدأ فيه سريان الغرامـة التى قضى بها [1] .ولقد رأينا أن قاضى الإستئناف ينعقد له الإختصاص أصـــلا بالفصل فى طلبات الحكم بالغرامة التى تقدم اليـــه لأول مـــرة لتنفيـذ الحكـم المستأنف . وله فى هذه الحالة أن يحكم بها مقدرا معدلها المالى ، والوقت الـذى يبدأ فيه سريانها ، بما مفاده أن المشرع وقد اختصه بذلك ، فقد أجاز أن يكـــون تحديد ميعاد الغرامة التى يقضى بها حال أن يلغى حكم الرفض المستأنف .

المبحث الثانى
تصفية الغرامة التهديدية

تمهيـــــد

١٥٣ - بعد انقضاء المهلة التى حددها قاضى الغرامة للإدارة لاتخـــاذ اجراءات بتنفيذ الحكم دون قيامها بذلك تسرى الغرامة تصاعديا حتـــى الموعـد الـــذى ضربه القاضى لتوقف سريانها أو كأصل عام حتى يتم تنفيـــذ الحكـم . حالئذ يعود الأمر اليه تارة أخرى لحساب القيمة الكلية للغرامة تلك التى يتوصـل اليها بعملية حسابية بسيطة كأصل عام ، مؤداها حاصل ضرب عدد الأيام التـــى تأخرت فيها الإدارة عن التنفيذ بداية من اليوم التالى للمهلة القضائيـــة ، وحتـــى يوم تنفيذ الحكم فى معدل الغرامة اليومى . فمثلا لو تأخرت الإدارة بعـــد تلـــك المهلة عشرة أيام . وكان معدل الغرامة مائة فرنك يوميا ، فإن اجمالى الغرامة يكون ألف فرنك . وهذا هو المبلغ الذى على أساسه تصفى الغرامة .

وتبدو أهمية التصفية فى أن الحكم الصادر بالغرامة لايمكن تنفيذه إلا بعد

---

(١) C.E. 30 mars 1994. Mme loubet. Rec: p. 172.
C.E. 7 octobre1994. Epoux Lopez. Rec: p. 430. Concl: Schwartz.

اجرائها حتى ولو كان متعلقا بغرامة نهائية . إذ أن هذه الأخيرة ، وإن كان معدلها المالى ثابتا لايتغير ، إلا أنه يمكن عند التصفية تعديله إذا تثبت قاضى التصفية من أن عدم التنفيذ كان مرجعه إلى سبب أجنبى (١) .

وللتصفية من الأحكام مايستأهل الوقوف عليها ، بعضها يتعلق بالنظام الذى تجرى وفقا له . وبعضها الآخر يرتبط بالآثار المترتبة على اجرائها .

وهكذا فى مطلب أول نتناول بقدر من التفصيل نظام التصفية ، على أن نعرض لآثارها فى مطلب ثان .

المطلب الأول
نظام تصفية الغرامة التهديدية

تمهيـــد :

١٥٤ – تبدو أهمية التصفية la liquidation البالغة فى أنها تعد وسيلة الضغط الحقيقية على الإدارة . بل إن لحظة حدوثها تمثل الشئ الذى يزيد من رهبتها ، ويضاعف خشيتها ، لأنها اللحظة التى فيها تتحول الغرامة التهديدية من مجرد اجراء تهديدى قد يرتب اثره المالى أو لايرتبه ، إلى جزاء ردعى على عدم تنفيذ الحكم (٢) .

والمتأمل فى النسق القانونى للتصفية يلحظ أن المشرع قد راعى فى وضعه اعتبارين : أن يضمن للغرامة الفاعلية بذلك الإجراء حتى لاتكترث الإدارة بها حال أن تستشعر تجردها من مظاهر الرهبة التى تجد نفسها معها مضطرة إلى الإمتثال للحكم بعد ممانعة وعناد ، وألا تكون حصيلة التصفية بمثابة التعويض الذى ينتظره المحكوم له عن عدم تنفيذ حكمه ، فقد قدر

---

(١) CHABAS (F.): Astreintes ..... op. cit. P. 10.

(٢) DREIFUSS (M.): et ROMPAKD (A.): Du pouvoir comminatoire au pouvoir de sanction : la liquidation de l'astreinte. A.J. 1998. P. 3.
TERCINET (J.): op. cit. p. 9.

المشرع ، وعلى خلاف ماعليه الحال فى الغرامة المدنية ، أنه إذا كان أظل المحكوم له بحماية بإقرار نظام الغرامة . فهذا ليس معناه أن له حقا فى الإثراء على حساب الإدارة ، وإلا أفضى ذلك إلى الإضرار بالمصلحة العامة . إذ أن مردود دفع المستحق عليها حال التصفية على الصالح العام غير منكور الأثر . ولذا ابتدع فى توزيع تلك الحصيلة نظاما مغايرا لما يجرى عليه تنظيم ذات المسألة فى نطاق الغرامة التهديدية فى القانون الخاص (١) .

ولكى تتجلى تلك الأمور ببالغ الوضوح ، يلزم أن نعرض لإجراءات الوصول إلى التصفية فى فرع أول ، ثم نثنى ببيان كيفية التصرف فى حصيلة التصفية بعد إجرائها ، وذلك فى فرع ثان .

الفرع الأول
اجراءات تصفية الغرامة التهديدية

تحديـــــد :

١٥٥ - على قدر تعدد الإجراءات التى تتبع وصولا إلى تصفية الغرامة التهديدية إلا أنه يمكن تركيزها فى إجراءات ثلاثة : طلب التصفية ، قاضى التصفية ، طريقة التصفية .

أولا : طلب التصفية :

١٥٦ – من الناحية الإجرائية لايعنى طلب التصفية أننا بصدد اجراء مستقل عن طلب الحكم بالغرامة . إذ هو امتداد طبيعى له ، تولد عنه ، وترتب عليه . ولذلك تكون جميع الشروط المتطلب توافرها فى طلب الغرامة هى ذاتها الواجب توافرها فى طلب التصفية . غير أنه يفترق عنه فى بعض الأمور التى تعكس طبيعته كطلب فرعى يتمثل فى مدى وجوب تقديمه لإجراء التصفية ، وميعاد التقدم به ، ومدى امكانية اعفائه من رسم الدمغة .

---

(١) BORE (j.) Astreintes. Emcyclopédie Dalloz. Droit civil. 1996. P. 4.

(١) مدى وجوب طلب التصفلية :

١٥٧ – رأينا أن التقدم بطلب الحكم بالغرامة يعد شرطا لازمـــا للحكــم بها، حتى فى الحالات التى أجاز فيها المشرع لمجلس الدولة الحكم بها مباشــرة بغير طلب ، كانت الإجراءات اللازمة لذلك لاتتحرك إلا بطلب المســاعدة فــى التنفيذ . إذ لايعرف نظام الغرامة الإدارية فكرة الحكم بها مباشرة على النحــو المطبق فى نطاق الغرامة المدنية من تصدى القاضى العادى مباشرة للحكم بــها فى ذات حكمه الأصلى دون أن يطلب الخصم [١] .

أما بشــأن التصفية فليس من اللازم أن يتقدم ذو الشأن بطلب لتصفيتها ، إذ يمكن لقاضى التصفية التصدى لذلك من تلقاء نفسه ، وفقا للنظام المتبع فــى القانون الخاص . ولعل هذا ما اشار اليه المشرع فى المادة ٤ من قــانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ بنصه على أنه فى حالة عدم التنفيذ الكلى أو الجزئــى أو التنفيـذ المتأخر للحكم يكون لمجلس الدولة تصفية الغرامة التى حكم بها . هذا إلى أنــه إذا كان المشرع بمقتضى المادة الثانية من ذات القانون اعترف لمجلس الدولــة بسلطة الحكم مباشرة بالغرامة فلا أقل من أن تكون له ذات الســلطة باعتبــاره يتدخل فى هذه الحالة ليتمم ماقد بدأه من اجراءات فى هذا الشأن ، وليس تدخلــه بقصد اتخاذ اجراء جديد . ولعل هذا مادفع البعض الى القول بأنه إذا لم يتدخــل القاضى لتصفية الغرامة التى حكم بها ، فلا بد أن يتدخل على الأقــل ليضــع نهاية لها بإصدار حكم بإلغاء الغرامة التى سبق أن قضى بها [٢].

ويؤكد المشرع سلطة قاضى التصفية فى التدخل مباشرة ، وبدون طلــب من ذى الشأن ، لتصفية الغرامة المحكوم بها بالنص فى المــادة ٤/٢٢٢ مــن التقنين ، والتى أدخلت الى هذا التقنين بمقتضى اللائحة رقم ٨٣١ لســنة ١٩٩٥

---

(١) MAZEAUD (H.) et CHABAS (F.): Traité théorique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle. Paris. L.G.D.J. 6e edition. 1987. No:2484 et ss,

(٢) GUETTIER (ch.) : op. cit. P. 35.

الصادرة فى ٣ يوليه ١٩٩٥ – وذلك فيما يتعلق بأحكام الغرامة الصادرة عن تلك المحاكم بأنه إذا لم تؤتى الغرامة التى قضت بها المحكمة الإدارية أو محكمة الإستئناف الإدارية أثرها فى اتخاذ اجراءات التنفيذ التى أمرت بها ، يكون على المحكمة المختصة ، مباشرة ، أو بناء على طلب ذى الشأن ، تصفيتها وفقا للشروط المحددة فى المواد من ٣ إلى ٥ من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ بشأن الغرامة التهديدية .

ولسنا فى حاجة إلى القول بأن قاضى التصفية حين يتصدى لها مباشرة ، ليجريها بغير طلب لايمكن وصم فعله بمخالفة مبدأ عدم الحكم بما لم يطلبه الخصوم ، لأنه فى هذه الحالة يتدخل ليستكمل دوره القانونى فى ضمان فاعلية حكمه ، وفرض احترامه على الإدارة ، ولايتدخل ليضيف الى طلبات الخصوم شيئا جديدا يرهق به أحدهما أو كليهما . ولكننا فى حاجة إلى أن نؤكد أن اجراءات التصفية يمكن أن تبدأ إما بطلب من ذى الشأن ، وإما بتصدى قاضى التصفية لها مباشرة من غير طلب [١] .

(٢) ميعاد طلب التصفية :

١٥٨ – لم يحدد المشرع لطلب التصفية ، وعلى خلاف طلب الغرامة ، ميعادا يجب تقديمه خلاله أو بعد انقضائه . وإنما يرجع فى شأن تحديده للمدة التى حددها قاضى الغرامة لتنفيذ حكمه كمهلة اجرائية تتخذ خلالها الإدارة الإجراءات اللازمة للتنفيذ ، وبعد نفاذها تبدأ الغرامة فى السريان تزايدا . وتظل الغرامة فى سيرها إلى أحد أجلين : إما يوم تنفيذ الحكم ، وإما الوقت الذى يتأكد فيه يقينا من أن الإدارة لن تنفذ هذا الحكم مهما بلغ السريان الزمانى للغرامة .

ففى الحالة الأولى – حالة تنفيذ الحكم – تودع الإدارة لدى أمانة القسم القضائى لمجلس الدولة المستندات الدالة على تنفيذها للحكم ، أو تخطر بذلك قسم التقرير بمجلس الدولة إذا كان حكم الغرامة صادرا عن هذا الأخير ، أو

---

(١) BARADUC- BENABENT (E.): L'astrinte en matiere administrative D. 1981. P. 99.

تودعها لدى المحكمة الإدارية العادية أو الإستئنافية إذا كان الحكم صادر عنها . حالئذ يتصدى قاضى الغرامة مباشرة لتصفية الغرامة ، أو يتقدم ذو الشأن بطلب التصفية فى اليوم التالى لإعلانه أو علمه اليقينى بالتنفيذ ، ومن هذا التاريخ يتوقف سريان الغرامة [١] . أما فى الحالة الثانية فيستقر الميعاد فيها على اعتبار منطقى مؤداه أنه لايعقل أن يترك مبلغ الغرامة يتراكم يوما بعد يوم بشكل يبلغ حدا من الجسامة تنوء الإدارة بحمله وتعجز عن سداده ، فتبدو الغرامة حالئذ وقد فقدت كل تأثيرها . هنا يجب التدخل لوضع حد لهذا الموقف الشاذ . ومن اللحظة التى تؤكد فيها شواهد الحال أن الإدارة عازمة على عدم التنفيذ راغبة عنه ، ينشأ لذى الشأن حق فى أن يطلب من القاضى تصفيتها جريا على الأصل المطبق فى نطاق الغرامة المدنية [٢] .

ولئن كان الفرض الأخير لم يتحقق فى نطاق الغرامة الإدارية حتى الآن. إذ فى جميع الأحوال التى قضى فيها بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ أحد الأحكام الإدارية كانت الإدارة تقوم بالتنفيذ بعد مضى وقت غير طويل من بداية سريان الغرامة . ولم يثبت ، ولا فى حالة واحدة فى حدود مانعلم ، أنها تمادت فى اصرارها على عدم التنفيذ مما اضطر المحكوم له الى تقديم طلب التصفية يأسا من استجابتها للتنفيذ . ولعل الأمثلة التى ستذكر لاحقا ستزيد الأمر إيضاحا .

(٣) مدى تطلب رسم الدمغة لقبول طلب التصفية :

١٥٩ - يثور التساؤل عما إذا كان طلب التصفية يخضع لرسم الدمغة ، كغيره من الطلبات التى تقدم أمام القاضى الإدارى أم لا ؟ وهل يعد طلبا من طلبات التنفيذ ، كطلب الغرامة التهديدية ، له مفهوم الطلب الخاضع لهذا الرسم

---

(١) C.E 6 janvier 1995. M. Daniel Boivin. A.J. 1995. P. 158.
TA. Strasbourge : 23 mai 1996. Sté wastec-strobel Gmbh c/préfet de la Moselle. A.J. 1996 . p. 943. Observ : J.M.W.

(٢) DONNIER (M.): op. cit. P. 95.

وفقا لتقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ؟.

لم يكن هناك اجماع قضائي حول تلك المسألة ، إذ أن غياب النص المحدد لطبيعة هذا الطلب ، أدت إلى اختلاف رؤى المحاكم حوله . فمن جهة نجد أن محكمة استئناف نانت الإدارية – حال نظرها لطلب تصفية الغرامة التهديدية التي قضت بها محكمة نانت الإدارية من خلال الفصل في الإستئناف المقام ضد حكمها بإلغاء قرار رئيس المكتب العام للإسكان بفصل الطاعن لارتكابه مخالفة تأديبية ، مع توجيه امر بضرورة إعادته إلى وظيفته والحكم بغرامة تهديدية ٥٠٠ فرنك عن كل يوم تأخير بدءا من اليوم الثامن من اعلان هذا الحكم – ذهبت الى اعفاء الطلب من رسم الدمغة على اساس أن هدفه كفالة تنفيذ حكم . ولذا لايمكن أن ينطبق عليه مفهوم الطلب الخاضع لهذا الرسم وفقا لتقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية [١] .

ولئن كانت محكمة آستئناف نانت قد اعتدت بالمعيار الموضوعي فأفضى بها ذلك إلى اعفائه من الرسم ، فإن محكمة استئناف ليون أخذت بالمعيار الشكلي فذهبت إلى أنه طالما قدم إلى المحكمة آخذا شكل الطلبات التي تقدم أمامها ، فإنه يأخذ مفهوم الطلب وفقا للتقنين . ولذا يخضع لرسم الدمغة ، فلا يقبل إلا بعد سداده [٢] .

أدى هذا التباين في الإتجاهات بمحكمة فرساى الإدارية الى طلب الرأى من مجلس الدولة حول ماإذا كان طلب تصفية الغرامة يعد طلبا حقيقيا في مفهوم نص المادة ٤٤-١ من قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٩٣ التي تخضع لرسم الدمغة المقدرة بمائة فرنك على كل طلب يودع لدى المحاكم الإدارية ، ومحاكم الإستئناف الإدارية ، ومجلس الدولة أم لا ؟ . ويجئ رأى المجلس قاطعا في تلك المسألة ، متبعا بشأنه ماذهب اليه مفوضه Toumet . فيعلن أن طلب

---

(١) CAA. Nantes 11 decembre 1996. M. Allais. A.J. 1997. P. 307.

(٢) CAA. Lyon 26 novembre 1996. SCI les Hauts de Saint-Michel. A.J. 1997. P. 280.

التصفية لايخضع لرسم الطابع لعدة اسباب : فمن جهة أنه ليس طلبا مستقلا بذاته ، وإنما يتعلق بنفس الخصومة التى قدم عنها طلب الغرامة التهديدية ، ويعد امتدادا اجرائيا لطلب الإلغاء أو التعويض . ومن ناحية أخرى أنه لايعد اجراء لازما أو من الضرورى اتخاذه لإجراء التصفية، إذ أن القاضى يستطيع تصفية الغرامة المحكوم بها مباشرة إذا تثبت من أن اجراءات تنفيذ الحكم لم تتخذ ، دون حاجة إلى هذا الطلب ، وأخيرا أن طلب التصفية لايعتبر طلبا فى مفهوم المادة ٤٤ –١ من قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٩٣ . ومن ثم لايخضع لرسم الدمغة [١] .

ثانيا : قاضى التصفية :

١٦٠ – فى نطاق أحكام الغرامة فى القانون الخاص يعتنق مبدأ التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية . إذ يطبق كاصل عام منذ قانون ٥ يوليو ١٩٧٢ ، مبدأ أن القاضى الذى حكم بالغرامة هو الذى ينعقد له الإختصاص بتصفيتها – دون تفرقة فى هذا الشأن بين قاضى الموضوع وقاضى الأمور المستعجلة – ولما كان من اثر ذلك أن قاضى الإستئناف لم يكن يختص بتصفية الغرامة التى قضى بها قاض أول درجة مما كان يفضى الى تشتيت المحكوم له بين قاض ينظر الإستئناف ، وآخر حكم بالغرامة ينظر تصفيتها ، فقد صدر قانون ٩ يوليه ١٩٧٥ ليسمح لغير قاضى الغرامة بتصفيتها . وعلى اثر ذلك صار قاضى الإستئناف مختصا بتصفية الغرامة التى حكم بها قاض أول درجة . ولما صدر قانون ٩ يوليو ١٩٩١ جعل لقاضى التنفيذ الإختصاص العام بتصفية الغرامة التى حكم بها قاض غيره [٢] . وظل الوحيد الذى لايصفى الغرامة التى حكم بها المحكم ، إذ ينعقد الإختصاص بتصفيتها للقاضى المختص[٣] .

---

(١) C.E. Avis: de section 30 avril 1997. A.J. 1998. P.5.

(٢) CHABAS (F.) : op. cit. P. 11.

DONNIER (M.): op. cit. P. 95-96.

(٣) TERRE (F.): et autres : Droit civil.... Op. cit. P. 99.

في ضوء ذلك يبدو أن الأصل الذى يحكم الإختصاص بتصفية الغرامة يدور حول أمرين : التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية من جهة . اختصاص محكمة الإستئناف بتصفية الغرامة المحكوم بها فى أول درجة من جهة أخرى . فإلى أى مدى يطبق ذلك فى مجال الإختصاص بتصفية الغرامة الإدارية ؟

(١) مدى التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية :

١٦١ – التزم المشرع هذا المبدأ فعقد الإختصاص بالتصفية لكل قاض حكم بالغرامة ، مفرقا فى هذا الشأن بين الأحكام الصادرة بالغرامة من مجلس الدولة ، وتلك الصادرة من المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية . ففى شأن تلك الصادرة عن مجلس الدولة نصت المادة الرابعة من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ أنه فى حالة عدم التنفيذ الكلى أو الجزئى ، أو التنفيذ المتأخر ، يكون لمجلس الدولة اجراء تصفية الغرامة التى حكم بها . ولما كانت المادة ٦ من ذات القانون خولت سلطات مجلس الدولة المتعلقة بنظام الغرامة الى رئيس القسم القضائى ، فإنه إذا كان هذا الأخير قد أمر بالغرامة ، فإنه هو الذى يكون له الإختصاص بتصفيتها [1]. من وجهة أخرى يكون للمحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، الإختصاص بتصفية الغرامة التى قضت بها ، وفقا للمادة ٤/٢٢٢ من التقنين ، ولها أيضا حال التصفية ذات السلطات المخولة لمجلس الدولة وفقا للمواد من ٣ : ٥ من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ [2] .

ولكن ماذا عن قاضى الأمور المستعجلة الإدارية ، هل يكون له

---

(١) BARADOUG-BENABENT (E.): op. cit. P. 99.

(٢) من الجدير بالذكر أن مجلس الدولة أكد هذا التلازم . ولكن بشأن الغرامة التهديدية التى يحكم بها القاضى الإدارى فى مواجهة الأفراد ، إذ قضى بأن القاضى الذى حكم بغرامة تهديديه هو الذى يناط به تصفيتها ، ولايكون للإدارة فى هذا الشأن اختصاص بالتصفية .

C.E. 24 juillet 1987. Brolin. Rec. p. 280. A.J. 1987. P. 666. Concl: Marimbert.

الإختصاص بتصفية الغرامة التى أمر بها وفقا لهذا الأصل ، أم ينعقد هذا الإختصاص لقاضى الموضوع ؟ . لم يرد بشأن تلك المسألة أى نص يحسم أمرها سواء فى قانون الغرامة ، أم فى التقنين بعد تعديله بقانون ٨ فبراير ١٩٩٥، ولعل هذا كان مبعث الخلاف الذى دار حولها حينا من الوقت بين محاكم القضاء الإدارى .

لم تقبل محكمة استئناف ليون الإدارية أن يكون لقاضى الأمور المستعجلة الإختصاص بتصفية الغرامة التى أمر بها . على سند من القول بأن التصفية لا تعتبر من الإجراءات التحفظية التى ينعقد له الإختصاص وفقا للمادة ١٣٠ من التقنين . ولذا فإن الإقرار له بالتصفية يمثل مساسا بموضوع النزاع . وهو مما لايجوز له وفقا لذات النص (١) .

ولكن مجلس الدولة رأى غير ذلك متبعا ماذهب اليه المفوض Casanova الذى قدم لتأييد رأيه بجواز انعقاد الإختصاص لقاضى الأمور المستعجلة بتصفية الغرامة التى قضى بها ثلاث حجج : أولها الإستناد إلى قانون المرافعات المدنية الذى يعد مصدرا لإجراءات التقاضى أمام القضاء الإدارى فيما لم يرد بشأنه نص ، وما لايتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية ، ونظرا لأن هذا القانون فى المادة ٤٩١ يعطى قاضى الأمور المستعجلة تصفية الغرامة التى نطق بها ، ولما كانت محكمة النقض تطبيقا لذلك تعد خصومة التصفية لاتعدو أن تكون استمرارا لخصومة الغرامة ، ونظرا لأن تلك المبادئ لاتتعارض مع طبيعة المنازعات الإدارية ، فليس هناك مايمنع من تطبيقها فى المجال الإدارى ، فيكون لقاضى الأمور المستعجلة تصفية الغرامة التى قضى بها . ومن وجهة أخرى أن القول بأن فى انعقاد الإختصاص لهذا القاضى بالتصفية الإعتراف له بالفصل فى موضوع النزاع ، قول يخالف الحقيقة ؛ لأن القانون يعطيه سلطة اتخاذ الإجراءات المفيدة والضرورية دون مساس

---

(١) CAA. Lyon : 15 decembre 1994. Kilian. Rec: p. 1132. A.J. 1995. P. 246. Concl: Courtial.

بالموضوع . واجراء التصفية يعد من أنفع الإجراءات وأهمها ، وتدخله فى هذا الشأن ليس فيه أى مساس بالموضوع ؛ لأن هذا الأخير رغم غموضه ، وعدم الإتفاق حتى الآن حول مايعد مساسا بموضوع النزاع من عدمه ، إلا أن هناك خطوطا أساسية يمكن اعتبارها من هذا القبيل ليس من بينها قيامه بالتصفية ، كأن مثلا يفصل فى المسائل القانونية المتعلقة باختصاص قاضى الموضوع ، أى فى موضوع النزاع ذاته . أى أنه بوجه عام لايمكنه أن يقضى للخصوم بقبول أو رفض طلباتهم التى يختص بالفصل فيها قاضى الموضوع . فلا يكون له الغاء قرار طعن فيه ، أو الحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تصرف ادارى ، أو غير ذلك مما يتصل بوجه عام باختصاص قاضى الموضوع . ولكن لايعد من هذا القبيل أن يكون له الإختصاص بالحكم بغرامة تهديدية للإجبار على سرعة تنفيذ أوامره ، وأن يكون له ذات الإختصاص بتصفيتها . بل إذا كان الإعتراف له بهذا الإختصاص الأخير مساسا بموضوع النزاع ، فلما أذن يعترف له به فى نطاق القانون الخاص ! . وأخيرا أن انكار هذا الإختصاص على قاضى الأمور المستعجلة معناه تجريد سلاح الغرامة التهديدية من فاعليته . إذ بالتباعد بين القاضى الآمر بالغرامة ، والآخر الذى يتولى تصفيتها ، يتباعد المدى الزمنى بين الحكم بها وتصفيتها . وهذا يوهن من قيمتها ، ويقلل من فاعليتها . إضافة إلى أن هذا التباين فى قضاء الحكم ، وقضاء التصفية يفضى إلى تفاوت وجهات النظر بين الجهتين الذى يكون له أثره غير المرغوب فيه على فاعلية الغرامة فى تحقيق هدفها . فضلا عن مضاعفة اجراءات التقاضى مرة أمام قضاء الحكم ، وأخرى أمام قاضى التصفية . وهذا يخالف الهدف الذى جاءت لأجل تحقيقه الغرامة باعتبارها وسيلة لضمان سرعة تنفيذ الأحكام ، لاسبيلا لتراكم اجراءات تنفيذها [١] .

أيد مجلس الدولة رأى مفوضه ، والغى حكم محكمة الإستئناف الذى كان سلفا ألغى قرار نائب رئيس محكمة ليون الإبتدائية بتصفية الغرامة التى قضى

---

(١) CASANOVA (A.): conclusions sur C.E 14 novembre 1997. communaute urbaine de lyon. A.J. 1998. p. 60.

بها باعتباره قاضى أمور مستعجلة ، معترفا بذلك لقاضى المواد المستعجلة الإدارية بوجه عام بسلطة تصفية الغرامة التى أمر بها تنفيذا لما اتخذه من أوامر ، ليؤكد من جديد مبدأ التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية (١) .

(٢) مدى اختصاص محاكم الإستئناف بتصفية الغرامة المحكوم بها من المحاكم الإدارية :

١٦٢ – احتدم الخلاف حول تلك المسألة بين مؤيد لعقد الإختصاص بالفصل فى طلب التصفية لمحكمة الإستئناف ، وآخر معارض يرى أنه يظل مستقرا لمحكمة أول درجة حتى ولو طعن فى حكمها أمام محكمة الإستئناف ، ولكل حججه وأسانيده ، لنرى اذن أى الفريقين أحسن أساسا وأسدى سندا .

(أ) الرأى الأول (الإختصاص لقاضى الإستئناف) :

١٦٣ – نقطة البدء لدى أنصار هذا الرأى أن طلب التصفية يماثل طلب الغرامة فى اعتباره من طلبات التنفيذ ، أى الطلبات التى يستهدف بها ذوو الشأن كفالة تنفيذ الأحكام الصادرة لصالحهم . إذن طالما له ذات الطبيعة ، فإن الإختصاص به ينعقد لقاضى الإستئناف الذى ينظر الإستئناف المقام ضد الحكم الأصلى (٢) .

ويستند القائلون بهذا الرأى إلى عدة حجج منها المادة ٨–٤ من التقنين التى تنص على أنه فى حالة عدم تنفيذ الحكم المطعون فيه بالإستئناف ، يجب تقديم طلب تنفيذه إلى محكمة الإستئناف ذاتها • هذا إلى أن مجلس الدولة قد أفتى من جهة أخرى فى ضوء تفسيره لهذا النص بأنه فى كافة الحالات التى يطعن فيها بالإستئناف فى حكم صادر من المحاكم الإدارية ، تكون محكمة

---

(١) C.E 14 novembre 1997. Communauté urbaine de lyon. A.J. 1998. P. 62. Concl: Casanova.

(٢) M.B: observations sous T.A. Geronble 9 mai 1996. M. Roymann. A.J. 1996. P. 607.

الإستئناف هى المختصة وحدها بالفصل فى طلبات تنفيذ هذا الحكم ، وينعقد لـها ذات الإختصاص أيضا حتى فى حالة رفض الإستئناف لأى من الأسباب [(١)] .

ويعاضـد أنصار الرأى مذهبهم بأن فى اختصـاص محكمة الإسـتئناف بتصفية حكم الغرامة الصادر من محكمة أول درجة مايدرء التعـارض الـذى يمكن أن يقع بين تصفية الغرامة وبين الحكم الذى يصدره قـاضى الإسـتئناف بإلغاء حكم أول درجة ، حالئذ تصفى الغرامة عن حكم ألغى استئنافيا . وهـذا مالايمكن قبوله . فضلا عن ذلك فإن الفصل بين قـاضى التصفيـة وقـاضى الإستئناف يفقد الغرامة فاعليتها ، ويوهن من اثرها فـى إجبـار الإدارة علـى التنفيذ . وأخيرا لايمكن أن نتخذ من المادة ٢٢٢-٤ من التقنين التى تنص علـى اختصاص المحكمة التى اصدرت حكم الغرامة بتصفيتها ، ذريعة للقول بانعقـاد الإختصاص بالتصفية لقاضى الغرامة ، لأنه يجب فهم هذا النص فـى ضـوء نص المادة ٨-٤ من التقنين التى تضع الخطوط الأساسية لتوزيع الإختصـاص بشأن نظر طلبات التنفيذ [(٢)] .

أفضت تلك الإعتبارات جميعا بمحكمة استئناف نانت الإدارية إلى الأخـذ بهذا الرأى ، فاعترفت لنفسها بحق تصفية الغرامة التى كانت قد قضـت بـها محكمة نانت الإدارية حال تقدم المحكوم له Allais بطلب تنفيـذ هـذا الحكـم أمامهـا . وفعلا أجرت التصفية قائلة بأنه لما كان حكم محكمة نانت الإداريـة مطعونا فيه بالإستئناف أمامها ، فإنه بناء على نص المادة ٨-٤ مـن تقنيـن المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية يكون لها الإختصـاص بتصفيـة الغرامة النهائية التى قضت بها محكمة نانت الإدارية استنادا إلى المادة ٣/٨ من ذات التقنين [(٣)] .

---

(١) C.E. avis de section : 13 mars 1998. Mme vindeuogal. A.J. 1998. P. 459.

(٢) CADENAT (P.): observations sous CAA nantes 11 décembre 1996. M. Allais. A.J. 1997. P. 280.

(٣) CAA: Nantes : 11 decembre 1996, M.Allais. A.J. 1997. P. 307.

على هذا الأساس أثارت الإدارة أمام محكمة استئناف ليون الإدارية عدم اختصاص محكمة جرونبل الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التى قضت بها ذات المحكمة لإجبارها على تنفيذ حكمها المستأنف بإلغاء قرارها بفصل أحد موظفيها . مع اقتران الحكم بتوجيه أمر بإعادته إلى عمله خلال شهر من اعلان هذا الحكم ، وغرامة تهديدية قدرها ٥٠٠ فرنك يوميا تبدأ من نفاذ هذه المدة وحتى تنفيذه . وقد استندت الإدارة فيما أثارته من عدم الإختصاص على هذا الرأى بمقولة أن محكمة جرونبل غير مختصة بإجراء التصفية ، وإنما الإختصاص يكون لمحكمة الإستئناف باعتبارها المحكمة التى تنظر استئناف هذا الحكم [١] .

(ب) الرأى الثانى (الإختصاص لقاضى الغرامة لقاضى الطعن) :

١٦٤ – تزعمت محكمة جرونبل الإدارية هذا الإتجاه ، فذهبت فى قضاء مشهور لها بأن قاضى الغرامة هو الذى يختص بتصفيتها حتى ولو كان الحكم الأصلى مطعونا عليه بالإستئناف فى ذات وقت الفصل فى طلب التصفية [٢] .

ولقد صادف هذا الإتجاه تأييدا من جانب الفقهاء ، إذ كان له من سائغ السند المنطقى ما أفضى إلى مؤازرة الكثيرين له . وهو من تلك الناحية يستقر على حجتين أساسيتين : احداهما موضوعية ، والأخرى قانونية . فأما عن الأولى فمنطلقها طبيعة التصفية أو بالأحرى الطلب المقدم لإجرائها ، فهى ليست من اجراءات التنفيذ ، ولاطلبها يعد طلبا يصدق عليه وصف طلبات التنفيذ . ولكن كيف ذلك ؟. المسألة ببساطة – فى منطق الرأى – أن تصفية الغرامة لاتعدو أن تكون جزاء على عدم التنفيذ أو على التنفيذ المتأخر الذى أدته الإدارة فى غير الموعد المحدد قضائيا . إذن إذا كانت الغرامة حال الحكم بها تهدف إلى حمل الإدارة على التنفيذ ، فهى عند التصفية تفقد هذه الطبيعة ،

---

(١) DREIFUSS (M) et autre : op. cit. P.6.

(٢) T.A. Grenoble: 9 mai 1996. M. Raymann. A.J. 1996. P. 766.

وتتحول إلى جزاء يردع الإدارة على مخالفة ارتكبت ، لاوسيلة لإجبارها على تنفيذ الحكم . إذن التصفية لاتعدو أن تكون ادانة للشخص العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام عن عدم التنفيذ . ولعل مايدعم تلك القناعة أن المشرع فى المادة ٤ من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ أجاز التصفية رغم حدوث التنفيذ ، أو رغم قيام الإدارة به متأخرا عن موعده • وهذا يقطع بأن المشرع لايراها اجراء تنفيذيا ، وإنما يعتبرها جزاء ردعيا [١] .

ومن جهة أخرى أنه فى ضوء هذا التكييف للتصفية لايكون هناك محل لتطبيق المادة ٨-٤ من التقنين . فنصها مقصور على طلبات التنفيذ • إذ تتوجب أن تقدم إلى محكمة الإستئناف لا محكمة أول درجة . ولما كانت التصفية ينحصر عنها هذا الوصف ؛ إذ لاتعد طلبا من طلبات التنفيذ ، وإنما كما ذكرنا جزاء لخرق الإدارة له ، فإن حكمها لايجد محلا للإنطباق فى شأن تحديد الإختصاص بالتصفية . وفى ذلك تقول محكمة جرونبل فى حكمها آنف الذكر ... يستخلص من تلك النصوص أن طلب تصفية الغرامة التهديدية لايعد من طلبات تنفيذ الأحكام ؛ ولذا فإن القاضى الذى حكم بالغرامة يكون هو المختص وحده بتصفيتها [٢] .

وأخيرا يستند أيضا الرأى إلى نص المادة ٢٢٢-٤ من التقنين سالفة البيان ، فى اقرارها لمبدأ التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية . إذ تفيد بصريح نصها أن القاضى الذى قضى بالغرامة ، هو وحده الذى يتولى تصفيتها لاسيما وأن هذا هو ذات مايجرى عليه محاكم القضاء الإدارى بشأن الغرامة التهديدية التى تحكم بها فى مواجهة الأفراد [٣] .

---

(١) VALADOU (P.): le pouvoir de commandement de juge á l'administration . L.P.A. 29mai. 1995. P. 4.

(٢) T.A. Grenoble: 9 mai 1996. M. Raymann. A.J. 1996. P. 706.

(٣) DREIFUSS (M.): et BOMPARD (A.): op. cit. P. 7.

(ج) فتوى مجلس الدولة :

١٦٥ – ترتب على احتدام الخلاف حول تلك المسألة أن طلبت محكمة فرساى الإدارية من مجلس الدولة الرأى فى شأن مدى اختصاص المحكمة الإدارية بتصفية الغرامة التى قضت بها لكفالة تنفيذ أحد أحكامها حين يكون هذا الحكم مطعونا فيه بالإستئناف .

ويدلى المجلس بفتواه بعد أن يستعرض المواد ٢/٨ ، ٣/٨ ، ٤/٨ من التقنين ، فيعلن بأنه يتبين من تلك النصوص ، والأعمال التحضيرية لقانون ٨ فبراير ١٩٩٥ الذى بمقتضاه أدخلت تلك النصوص الى هذا التقنين ، ولائحة تطبيقه الصادرة فى ٣ يوليه ١٩٩٥ أن اختصاص محكمة الإستئناف يقتصر على الفصل فى طلبات تنفيذ الأحكام المطعون عليها بالإستئناف أمامها فحسب. وهذا هو ذات ماقصده المشرع ، ولاتعد من هذا القبيل طلبات تصفية الغرامة التهديدية . ولذلك تكون المحكمة الإدارية التى أصدرت حكم الغرامة بقصد تنفيذ حكمها بالإلغاء أو التعويض هى المختصة بتصفية تلك الغرامة حتى ولو كان هذا الحكم مطعونا فيه بالإستئناف [١] .

وأيا كان قدر الإصابة أو التخطئة فى تلك الفتوى ، فإنها مايجرى عليها العمل الآن كمحض تطبيق لمبدأ التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية ، ليفترق المجلس فى مذهبه هذا عن اتجاه محكمة النقض الفرنسية التى أجازت تيسيرا للإجراءات ، ومنعا للتضارب بين الأحكام حال أن يصفى قاضى أول درجة الغرامة التى أمر بها ، ثم يلغى حكمه فى الإستئناف . نقول تقديرا لتلك الإعتبارات أجازت لمحكمة الإستئناف تصفية الغرامة المحكوم بها فى أول درجة [٢] .

ثالثا : كيفية إجراء التصفية :

١٦٦ – لكى يمكن الوقوف على الكيفية التى تجرى على أساسها التصفية

---

(١) C.E. avis: 30 avril 1997. Mme Marchal. Rec: p. 1022.

(٢) Cass. Civ: 28 mai 1990. D. 1990. P. 44.

يلزم أن نحدد سلطة قاضى التصفية حال اجرائها . ثم نبين بعد ذلك مدى جواز تعدد التصفية لغرامة واحدة .

(١) سلطة القاضى عند التصفية :

١٦٧ – تتفاوت سلطة قاضى التصفية ضيقا واتساعا تبعا لنوع الغرامة التهديدية المحكوم بها . كما أن له قبول أو رفض أو الحكم بالا محل للتصفية .

(أ) نطاق سلطة قاضى التصفية :

١٦٨ – يفترق نطاق تلك السلطة تبعا لما اذا كانت الغرامة المزمع تصفيتها نهائية أم مؤقتة . فعلى نحو مانصت عليه المادة ٤ من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠، لايكون لمجلس الدولة تعديل معدل الغرامة النهائية إلا فى حالة ماإذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى قوة قاهرة أو حدث فجائى . ويطبق ذات الحكم بالنسبة للمحاكم الإدارية العادية والإستئنافية وفقا للمادة ٨/٤ من التقنين.

على هذا النحو يفرق النص بين أمرين فى شأن تصفية الغرامة التهديدية: حالة ماإذا كان عدم التنفيذ راجعا الى قوة قاهرة أو حدث فجائى حالئذ لايملك قاضى التصفية إلا تخفيض معدلها فحسب ، دون أن يكون له الغاؤها ، إذ لم يجز له النص ذلك . وهذا على خلاف الحال بالنسبة لقاضى التصفية المدنى ، إذ يكون له وفقا للمادة ٣٣-٢ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ ، إلغاء الغرامة النهائية – والمؤقتة أيضا – إذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه مرجعه إلى سبب أجنبى [١] . أما إذا لم يكن عدم التنفيذ عائدا إلى سبب أجنبى ، فإنه لامحالة يكون سببه سوء نية الإدارة ، وامتناعها عن اجرائه . وحالئذ لايكون أمام قاضى التصفية أى بد من تصفية الغرامة النهائية دون تعديل معدلها ، إذ لاسلطة له فى هذا الشأن غير التصفية [٢] .

---

(١) DONNIER (M.): op. cit. P. 97.

(٢) BON (P.): op. cit. P. 41.

ويتسع نطاق سلطة قاضى التصفية حال أن تكون الغرامـــة مؤقتـــة ، إذ وفقا للمادة ٤ من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، يكون لمجلس الدولة تعديل أو الغـاء الغرامة المؤقتة حتى ولو كان عدم التنفيذ ثابتا . هنا يكــون لقــاضى التصفيــة الخيار بين أمور ثلاثة : إلغاء الغرامة ، إبقاء الغرامة كما هـــى ، تخفيـض معدل الغرامة .

ولئن كانت سلطة قاضى التصفية حال تصفية الغرامة المؤقتة أوسع منها عند تصفية الغرامة النهائية إلا أنها فى جميع الأحوال يرد عليه قيدان : أولـــهما مؤداه لايجوز لقاضى التصفية زيادة معدل الغرامة عن المعـــدل الــذى حـدده قاضى الغرامة باعتباره الحد الأقصى الذى رأى فيه هذا الأخير القدر المـــلاءم لحث الإدارة على التنفيذ تقديرا لظروف الطلب عند الفصل فيه . أمــــا الآخــر فإنه، وعلى نحو ما أفصحت الأعمال التحضيرية لقانون الغرامـــة ، يجـب أن يؤخذ فى الإعتبار عند ممارسة سلطة تعديل أو الغاء الغرامـــة جســامة خطــأ الإدارة ومدى سوء نيتها فى عدم التنفيذ (١) .

(ب) حالات قبول أو رفض التصفية :

١٦٩ – لقاضى التصفية ، فى حدود ماذكرنا سلفا ، سلطات ثلاث : إمــا قبول التصفية ، وإما رفضها ، وإما الحكم بألا محل لإجرائها . وإذا كان قبــول التصفية سلطة تمارس فى الحالات التى أشارت اليها المادة ٤ مــن قــانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ وهى عدم التنفيذ الكلى ، أو التنفيذ الجزئى ، أو التنفيذ المتـــأخر . فإنه بمفهوم المخالفة ، يقضى برفض التصفية أو يقضى بألا محل لها حال تنفيذ الحكم قبل انتهاء المهلة التى منحها قاضى الغرامة للإدارة لتنفيذ حكمه (٢) .

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة بألا محل لتصفية الغرامة التى حكم بها

---

(١) BON (P.) : op. cit. P. 42-43.

(٢) C.E. 27 novembre 1996, commune de Moulins c/ Mme Henriques. Rec: p. 1113. R.F.D. Ad. 1997. P. 201. J.C.P. 1997-4-937. Note : Rovault.

على الدولة لإجبارها على تنفيذ حكم محكمة كان الإدارية خلال شهرين من اعلان حكم الغرامة ، وإذا كان قد تم تنفيذ هذا الحكم خلال تلك المدة ، فإنه لايكون هناك محل لتصفية هذه الغرامة [(١)] . كما قضى مرة أخرى بأنه لامحل للتصفية إذا كانت ادارة الإقليم قد نفذت الحكم الصادر بإلغاء فصل أحد موظفيها، وإعادته إلى عمله خلال مدة الشهرين المحددة لتنفيذ هذا الحكم [(٢)] . وحال أن يتصالح المحكوم له مع الإدارة مبرما اتفاقا بموجبه يتنازل عن حقه فى إعادته إلى وظيفته ، مقابل تعويض مادى تدفعه إليه الإدارة ، يكون لامناص من أن يحكم قاضى التصفية بألا محل لها ، إذ تمت بالصلح تسوية الأوضاع المترتبة على تنفيذ الحكم [(٣)] .

وللقاضى أن يرفض التصفية حتى إذا كانت الإدارة قد بدأت اتخاذ اجراءات التنفيذ [(٤)] ، أو أبدت ارادة قوية فى القيام به [(٥)] . ولعل هذا مايفسر قول البعض أن ذلك يؤكد أن الغرامة التهديدية فى نظر مجلس الدولة ليست عقوبة ، أو شباك يتربص بالإدارة الوقوع فيها . وإنما هى وسيلة حض لها على التنفيذ ، فإذا حققت تلك الغاية ، فليس هناك مايدعو إلى تصفيتها [(٦)] .

أما حالات قبول التصفية فهى الحالات التى تمتنع الإدارة فيها عن التنفيذ كليا أو جزئيا ، أو تأتيه متأخرا عن الموعد الذى حدده قاضى الغرامة . وحالة عدم التنفيذ تواجه الإمتناع الإرادى عن تنفيذ الحكم بعد انتهاء المهلة المحددة لإجرائه خلالها إن كان القاضى قررها . فى هذه الحالة لايكون هناك مناص من التصفية التى تبدأ فى تلك الحالة من رفضها التنفيذ سواء كان

---

(١) C.E. 6 mai 1988. Mme leroux. Rec: pp148 et 884.
C.E 27 octobre 1994, Epoux lopez. Rec: p. 430.

(٢) C.E 16 juin 1997, Mme chaneac. Rec: p. 1023.

(٣) GUITTIER (ch.): injonction .... Op. cit. P. 35.

(٤) C.E 15 novembre 1985. Proust. R.D.P. 1986. P. 1185.

(٥) C.E 28 mai 1986. Sté Notre – Dame des fleurs. Rec: p. 151.

(٦) DREIFUSS (M.): et autre : op. cit. P. 9.

صريحا أم ضمنيا بأن تنتهى المهلة القضائية دون مبادرة إلى التنفيذ [1] .

وقد ترد الإدارة التنفيذ ، ولكنها لاتأتيه كاملا ، وإنما تنفذه تنفيذا جزئيا خلال المدة المحددة له . فى هذه الحالة لايحول تنفيذ جزء من الحكم دون التصفية ، وإنما تجرى التصفية على اساس نصف مبلغ الغرامة مقابل الجزء من الحكم الذى لم ينفذ . كأن تعيد الإدارة الموظف الذى الغى قرار فصله تنفيذا لحكم الإلغاء . ولكن دون أن تسوى حالته الوظيفية فيحصل على ذات الدرجة الوظيفية التى كان من المفروض حصوله عليها إذا لم يصدر قرار الفصل [2] .

وقد تنفذ الإدارة الحكم ولكن بعد انتهاء المدة التى حددها قاضى الغرامة للتنفيذ ، حالئذ يكون تنفيذها متأخرا وتتم تصفية الغرامة على أساس مدة التأخير التى تبدأ من اليوم التالى لآخر يوم فى المهلة القضائية ، حتى اليوم السابق لليوم الذى تعلن فيه إلى مجلس الدولة - أو المحاكم الإدارية العادية أو الإستئنائية - بإرسال صور من المستندات الدالة على قيامها بتنفيذ الحكم ، أو أن تحسب مدة التأخير من اليوم التالى لإعلانها بحكم الغرامة حتى اليوم السابق على اعلان رغبتها فى التنفيذ . وهذا إذا لم يكن قاضى الغرامة قد منحها مدة تجرى التنفيذ خلالها .

مثل الحالة الأولى أنه فى ١١ مارس ١٩٩٤ اصدر مجلس الدولة حكما بغرامة تهديدية ضد الدولة إذا لم تنفذ خلال ستة أشهر من اعلان هذا الحكم ، حكما صدر عن المحكمة الإدارية بإلغاء القرار الضمنى لوزير الزراعة برفض اصدار القرارات اللائحية اللازمة لتطبيق المادة ٧٩ من قانون ١١ يناير ١٩٨٤ بشأن الوظائف العامة بالنسبة للموظفين المتعاقدين بالوزارة . وأعلن هذا الحكم الى الوزارة فى ٨ ابريل ١٩٩٤ ، وكان من المفروض أن تنفذ الوزارة الحكم فى مدة أقبصاها ٨ اكتوبر ١٩٩٤ - نهاية الأشهر الستة - ولكنها لم تفعل فبدأ

---

(١) C.E 2 mars 1988. Sté les tennis jean Becker. Rec: p. 108.

(٢) C.E 16 octobre 1995. Mme leportier. J.C.P. 1996. 2 – 22588. Concl: Schwartz.

سريان الغرامة من اليوم التالى لانتهاء تلك المدة أى ٩ اكتوبر ١٩٩٤ . غير أنه فى ٩ ديسمبر ١٩٩٤ أخطرت الوزارة سكرتارية القسم القضائى بمجلس الدولة بصور من المستندات الدالة على تنفيذها للحكم ، وبذلك تكون الإدارة قد تأخرت ٦٢ يوما عن تنفيذ هذا الحكم (من ٩ اكتوبر ١٩٩٤ حتى ٩ ديسمبر ١٩٩٤) . وتلك هى المدة التى صفيت الغرامة على أساسها (١) .

ومثل الحالة الأخرى تصفية الغرامة التى تسرى من اليوم التالى لإعلان الحكم بها . إذ لايمهل قاضى الغرامة هنا الإدارة فى التنفيذ ، ولا يمنحها أية مدة لتنفيذ الحكم خلالها . فى هذه الحالة تحسب مدة التأخير فى التنفيذ من اليوم التالى لإعلان حكم الغرامة إلى الإدارة وحتى اليوم السابق على التنفيذ . ألغت المحكمة الإدارية قرار مدير المكتب العام للتشييد والبناء برفض التحاق أحد موظفيه الى صندوق المعاش الوطنى لموظفى الوحدات المحلية ، غير أنه لم يعبأ بالحكم ، فرفض من جديد ولذات السبب تنفيذ الحكم ، ولذلك قضى مجلس الدولة بغرامة تهديدية ١٠٠٠ فرنك للإجبار على تنفيذ هذا الحكم تبدأ من اليوم التالى لإعلان هذا الحكم وحتى تنفيذه (٢) . وبعد مضى ثلاثة أيام من هذا التاريخ تم تنفيذ الحكم ، فصفى مجلس الدولة الغرامة بواقع ٣٠٠٠ فرنك عن الثلاثة الأيام التى تأخر فيها تنفيذ هذا الحكم (٣) .

(٢) مدى جواز تعدد التصفية لغرامة واحدة :

١٧٠ - ليس هناك مايمنع من تعدد التصفية على غرامة تهديدية واحدة، وذلك لمواجهة احتيال الإدارة على التنفيذ ، ومحاولاتها للتحايل عليه . حالئذ نصادف نوعين من التصفية : تصفية مؤقتة وأخرى نهائية . ففى بعض الحالات تعلن الإدارة عن رغبتها فى تنفيذ الحكم بعد نفاذ المدة المحددة للتنفيذ .

---

(١) C.E 6 janvier 1995. M. Boivin. R. Ad. 1995. P. 18. Note : M.D.L.
C.E 6 janvier 1995. M. soulat. Rec: p. 15.

(٢) C.E 28 mai 1993. Mme Bastien. Rec. p. 972.

(٣) C.E 15 decembre 1993. Mme Bastien. Rec: p. 972.

وتخطر مجلس الدولة بصور المستندات الدالة على صدق هذه النية ، فيجـــرى المجلس تصفية للغرامة للفترة من اليوم التالى لانتهاء هذه المدة وحتـــى اليــوم السابق على اعلانها الرغبة فى التنفيذ . وبعد أن تصفـــى الغرامـــة ، تحنـــث الإدارة فى عهودها ، وتعود إلى الإمتناع عن التنفيذ . حالئذ لايكون هناك مفــر من أن تـسرى الغرامة من جديد . من اليوم التالى لإعلان الرغبة فى التنفيـــذ ، وحتى اليوم الذى يتأكد فيه من التنفيذ فعلا. وهنا تصفى الغرامة تصفية نهائية.

فى قضية Soulat أصدر مجلس الدولة حكما فـــى ١١ مـــارس ١٩٩٤ بغرامة تهديدية ١٠٠٠ فرنك يوميا إذا لم تنفذ الإدارة حكم المحكمة الإدارية فــى موعد أقصاه ستة أشهر من إعلان حكم ١١ مارس ١٩٩٤. وأعلن هذا الحكـــم للإدارة فى ١٨ أبريل ١٩٩٤ . غير أنه فى ٩ ديسمبر ١٩٩٤ أخطـرت الإدارة أمانة القسم القضائى بمجلس الدولة بصور من المستندات الدالة علـــى اتخاذهـــا إجراءات التنفيذ . فقام المجلس بتصفية الغرامة على أســـاس المـــدة مـــن ١٩ أكتوبر ١٩٩٤ حتى ٩ ديسمبر ١٩٩٤ (٥٢ يوما) . غير أنه حدث أنها لم تنفـذ الحكم فعلا ، وامتنعت عن استكمال إجــراءات التنفيـــذ ، فـــأعيد ســـريان ذات الغرامة مرة أخرى . حتى أخطرت مجلس الدولة بأدلة التنفيذ فأجرى المجلـــس تصفية ثانية للغرامة بحكم جاء فيه : ... إذا كان حكم ١١ مارس ١٩٩٤ قـــد قضى بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ حكم الإلغاء الصادر عن المحكمة الإداريـــة ، ولما كان مجلس الدولة قد صفى هذه الغرامة تصفية أولـــى بمقتضـــى حكمـــه الصادر فى ٦ يناير ١٩٩٥ عن الفترة من ١٩ أكتوبر ١٩٩٤ حتى ٩ ديســـمبر ١٩٩٤ ، إلا أنه فى ٦ مارس ١٩٩٦ لم تخطر الإدارة مجلس الدولة بصور من المستندات الدالة على تنفيذها الحقيقى لحكم الإلغاء . فإن هذا يقتضى أن يجـــرى المجلس تصفية جديدة للغرامة عن الفترة من ١٠ ديسمبر ١٩٩٤ حتى ٦ مارس ١٩٩٦ (٤٥٣ يوما) [١] .

---

(١) C.E 3 avril 1996. M. soulat. Rec: p. 1114.

C.E 3 avril 1996. M. Boinin. Rec: p. 1113.

وللمرة الثالثة لم تنفذ الإدارة الحكم ، ولم تصدر القرارات اللائحية المطلوبة، ولم تفلح التصفية الثانية فى القضاء على ممانعتها للتنفيذ . وتبدأ الغرامة التهديدية جولة جديدة من اليوم التالى للتصفية الثانية ، وهو يوم ٧ مارس ١٩٩٦. ولكن هذه المرة يحدد مجلس الدولة ميعادا غير تقليدى لانتهاء سريانها ، وبداية التصفية الثالثة . إذا أراد أن يقطع على الإدارة كل سبل التحايل على تنفيذ الحكم . فلم يعتد هذه المرة بأن تودع المستندات الدالة على اتخاذها لإجراءات التنفيذ أمانة القسم القضائى للمجلس كما هو معهود . وإنما ميعاد انتهاء سريان الغرامة هو تاريخ نشر القرارات اللائحية المطلوبة فى الجريدة الرسمية . ولم تجد الإدارة بدا لوقف التزايد المالى للغرامة إلا بنشر هذه القرارات بالجريدة الرسمية فى ٢٧ ديسمبر ١٩٩٦ (١) . وتصفى الغرامة تصفية نهائية للمرة الثالثة عن الفترة من٧ مارس ١٩٩٦ الى ٢٦ ديسمبر١٩٩٦(٢٩٥ يوما) (٢) .

ولايفوتنا أن نشير إلى أن حكم التصفية ، فى الحالات الثلاث ، يتمتع بحجية الشئ المقضى به . ويمكن الطعن بالإستئناف أو بالنقض كغيره من الأحكام . هذا إلى أنه من ناحية أخرى إذا صار حكما نهائيا لعدم الطعن فيه خلال الميعاد ، فإنه حالئذ يحوز حجية الشئ المقضى به (٣) .

وهذا على خلاف الحكم بألا محل للتصفية ، إذ هو حكم مؤقت ، مهما مضى عليه من الوقت لايكتسب الصفة النهائية . ويدعم بعض الفقهاء ذلك بقوله ... أن مجلس الدولة ينظر الى منازعة التصفية على أنها منازعة لها خصوصية معينة ، فهى ليست منازعة مشروعية ، ولذا فإن الحكم بألا محل للتصفية ، ينظر اليه على أنه لامحل مؤقت ولا محل نهائى . وهذا يعنى أن جميع الأحكام بألا محل فى نطاق التصفية تعد أحكاما وقتية تصدر بشأن الحالة التى تكون عليها اجراءات التنفيذ وقت أن يفصل القاضى فى طلب التصفية .

---

(١) J.O. 31 decembrfe 1996. P. 19693.

(٢) C.E 24 octobre 1997. Soulat. Rec: p. 1023.

(٣) CHABAS (F.): op. cit. P. 12.

فإذا الإدارة عدلت بعد ذلك عن تلك الإجراءات ، فإن قاضى التصفية يمكنه من جديد الفصل فى الطلب ، ويصفى الغرامة التى حكم بها سلفا (١) .

وثمة تساؤل جدير بالطرح الا يمكن اعتبار عدول الإدارة عن التنفيذ بعد أن بدأت فيه بمثابة منازعة مستقلة عن تلك التى صدر بشأنها حكم الغرامة المطلوب تصفيتها ؟ . لئن كان هذا يصادف قضاء سابقا لمجلس الدولة فى شأن الحكم بالغرامة كما رأينا سلفا ، فإنه أمر غير مقبول بالنسبة له فى نطاق التصفية ، وذلك رغبة منه فى الا يعطى الإدارة الفرصة للتحايل ، والحيلولة دون تصفية الغرامة باتباع هذا الأسلوب . فتتعلل بفكرة النزاع المستقل للتنصل من اجراءات التصفية .

ولعل هذا ما أكده المجلس بحكم رائع فى قضية Janky هذا الموظف المتعاقد فى إحدى الوحدات المحلية التى قامت بفصله وإنهاء عقده . ألغى قرار الفصل ، وحكم مجلس الدولة بغرامة تهديدية ١٥٠٠ فرنك يوميا إذا لم يعاد إلى عمله لاستكمال مدة عقده خلال ثلاثة اشهر من اعلان هذا الحكم . ولكن قبل انتهاء هذه المدة اتخذت الإدارة اجراءات اعادة هذا الموظف إلى عمله . وهذا اضطر مجلس الدولة إلى إصدار حكم بألا محل للتصفية . فما كان من ادارة الإقليم إلا أن سحبت فى ٣٠ ابريل ١٩٩٧ قرارها بإعادة الموظف إلى عمله ، وأعلنت رفضها لتنفيذ الحكم . فاضطر مجلس الدولة إلى التدخل ثانية لتصفية الغرامة التى كان قد قضى سلفا بالا محل لتصفيتها . وقضى بأنه لما كان حكم الغرامة قد صدر فى ١٧ يناير ١٩٩٦ وأعلن للإدارة فى ٩ فبراير ١٩٩٦ ، فإن الغرامة تبدأ فى السريان من ١٠ مايو ١٩٩٦ – بعد مدة الثلاثة الأشهر المحددة للتنفيذ خلالها – فإن الغرامة تصفى عن الفترة من ١٠ مايو ١٩٩٦ الى ٢٤ اكتوبر ١٩٩٧ – اليوم السابق على التنفيذ الفعلى للحكم – (٢) .

---

(١) L.T: note sous C.E 14 novembre 1997. Jankly. R. Ad. 1998. Comm : 64. P. 21.

(٢) C.E 14 novembre 1997. Jankly. Rec. p. 423.

الفـــرع الثانـــى

توزيع حصيلة الغرامة بعد التصفية

تمهيـــــــد :

١٧١ – حال تصفية الغرامة المدنية تؤول حصيلة التصفية الى الدائـــن كاملة انتقالا من المدين بالتنفيذ . إذ أنها تعد بعد التصفية بمثابة جـــزاء خـــاص يوقع على المدين [١] . وهنا يثور التساؤل هل ذات الحكم يسرى فى شأن توزيع حصيلة الغرامة الإدارية أم أن هناك من اعتبارات التمييز مايستوجب المغـــايرة فى توزيعها ؟ .

من النظرة الأولى لقانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ يبدو أن المشرع فعلا اتجـــه فى هذا الشأن اتجاها مغايرا . يجمع من خلاله فى صعيد واحد بيـــن الأصـــل والإستثناء . إذ تنص المادة ٥ من هذا القانون – وهى بـــذات حكمـــها تسـرى بالنسبة للمحاكم الإدارية العادية والإستئنافية بمقتضى المادة ٤/٨ من التقنيـــن – على أن مجلس الدولة يمكنه ألا يأمر بدفع جزء من الغرامة الى المحكوم لـــه . وعليه فى هذه الحالة أن يأمر بدفع هذا الجزء إلى صنـــدوق تنميـــة الوحـــدات المحلية . وبمقتضى لائحة ٢٦ ديسمبر ١٩٨٥ استبدل بهذا الأخـــير صنـــدوق الضريبة على القيم المضافة .

ولئن كان لذاك التوزيع أسبابه التـــى أفضـــت بالمشـــرع الإدارى إلـــى الخروج على ماهو مطبق فى نطاق الغرامة المدنية ، إلا أن المشكلة تدق فـــى شأن طريقة اجرائه . ووجه دقتها غياب المعيار الذى على أساســـه يتـــم هـــذا التوزيع .

نناقش اذن هذه الأمور من خلال فكرتين : المســـتفيدون مـــن حصيلـــة الغرامة ، وطريقة التوزيع .

---

(١) DURUSQUEC (E.): Astreintes….. op. cit. P. 17.

أولا : المستفيدون من حصيلة الغرامة :

١٧٢ - لم يحظر المشرع على قاضى التصفيــة أن يجعــل حصيلتــها كاملة للمحكوم له أو الطالب . فلقد رأيناه فى النص السالف وقد بدأ بالإسـتثناء . فألزم القاضى حين يترأى له ألا يجعل نصيبا من الغرامة للمحكوم له أن يقضـى بدفعه إلى الصندوق الخاص بتعويضات الضريبة على القيم المضافــة . فعقــد بذلك للقاضى سلطة فى التوزيع مزدوجة : تحمل فى جانب طرفا من الســلطة التقديرية : إذ له وفقا لها أن يقرر أو لايقرر أن يدفع للمحكوم لــه قــدرا مــن الغرامة أو لايدفع . ويحمل فى جانب آخر طرفا من السلطة المقيدة . ففى حالـة أن يرى ألا يعطى المحكوم له نصيبا معلوما من الغرامة ، يلتزم بــأن يقــرر دفعه إلى صندوق القيم المضافة . ولعل هذا مايفسر ما اســتقر عليــه قضــاء مجلس الدولة فى شأن التصفية من أنه فى حالة سكوت حكم التصفية عن بيــان المستفيد من حصيلة الغرامة أو تحديد قدر مايدفع الى المحكوم لــه ، وذاك الذى يؤول الى الصندوق ، يجرى العمل على الأصل ، فتدفع الغرامة كلها إلــى المحكوم له مهما كانت قيمتها .

ومثل ذلك أن مجلس الدولة صفى الغرامة المحكوم بها ضد المكتب العام للتشييد والبناء – وهو مؤسسة عامة – على اساس تأخيره لمدة ثلاثة أيــام فــى تنفيذ حكم الغاء قرار مديره برفض انضمام إحــدى موظفيــه الــى الصنــدوق الوطنى لمعاش موظفى الوحدات المحلية ، بواقع الف فرنك يوميا . غير أنه لــم يبين فى ذات حكم التصفية كيفية توزيع حصيلتها التى بلغت ٣٠٠٠ فرنك ، لــذا آلت جميعها الى المحكوم لها (١) . وذات الوضع يتكرر بالنسبة لتصفية الغرامــة المحكوم بها على إحدى الأقاليم لعدم تنفيذها حكم تعويض لإحدى الشــركات ، فحصلت هذه الأخيرة على المبلغ المصفى جميعه وهو ٩١ ألف فرنك (٢).

ولكن هل يلزم ، حتى يعتد بالتوزيع ، ويؤتى هذا الأثر ، بيان المستفيدين

---

(١) C.E 28 mai 1993. Mme Bastien. Rec. p. 972.

(٢) C.E 2 mars 1988. S.A. " les tennis jean Becker". Rec. p. 108.

حال الحكم بالغرامة أم لا ؟. ليس بلازم أن يذكر فى حكم الغرامة ما إذا كان جزء من حصيلتها يؤول إلى المحكوم له أو الصندوق أم لا حتى يتحقق أثره فى هذا الشأن . إذ يمكن تدارك ذلك فى حكم التصفية ، لأن العبرة فى تحديد المستفيدين ليس بحكم الغرامة ، وإنما بما ورد فى حكم التصفية ، باعتباره الحكم المنهى الخصومة الغرامة . ففى قضية السيد Janky لم يبين مجلس الدولة فى حكمه بالغرامة التهديدية لإجبار الإدارة على إعادته إلى عمله بعد إلغاء قرار فصله ، أولئك المستفيدين من حصيلتها ، وما إذا كانت ستقسم عليهم بالسوية ، أم بنسب متفاوتة ، أوما إذا كانت ستؤول جميعا لطرف دون الآخر أم لا . وهذا لم يحل دون أن يقوم المجلس حال التصفية ببيان تحديد المستفيدين ، ونسب كل منها، فقرر ١٠% منها لصالح المحكوم له ، و ٩٠% للصندوق [1] .

ولعل فريقا من الناس قد يتساءل عن بواعث مشاركة جهة كصندوق الضريبة على القيم المضافة ، للمحكوم لصالحه فى حصيلة الغرامة ، ولما لم يصرح المشرع بلزوم استئثاره بها جميعها ، وهو وحده الذى كابد من جراء عدم التنفيذ ، وأضير بالغ الضرر لتأخره . ثم أليس هذا هو الأصل الذى يجرى عليه تطبيق نظام الغرامة فى القانون الخاص ، فلم شذ المشرع عنه هنا ؟ [2] لاجرم أن منطق الأشياء يقضى بأن يستأثر المحكوم له بالغرامة المصفاة كلها ، وهذا مايبديه ظاهر الأمر. ولكن للمسألة أسبابا أخرى تكشف عنها الأعمال التحضيرية لقانون الغرامة ، تعود جميعا إلى الطبيعة الذاتية للغرامة الإدارية ، وترجع إلى مآلها بعد التصفية . فهى بذلك الإجراء تتحول من وسيلة ضغط متلازمة مع هدفها بالحصول على تنفيذ منجز للحكم ، إلى

---

(١) C.E 14 novembre 1997. Janky. R. Ad. 1998. No: 64. P. 21.

(٢) اقترح عند مناقشة قانون ٥ يوليه ١٩٧٢ بشأن الغرامة التهديدية المدنية أن ينص على توزيع حصيلة هذه الغرامة مناصفة بين الخزانة العامة والدائن . ولكن رفض الإقتراح فى مجلس الشيوخ ، واعتمد النص الحالى الذى يقرر بأن تكون حصيلة الغرامة جميعها للدائن BON (P.): op. cit. P. 44.

دين يقع على عاتق الشخص العام المخل بالتنفيذ امتناعـــا أم تـــأخيرا . وهـــذا الأخير حين يؤديها ، فلا يفعل ذلك باعتبارها تعويضا يحصل عليه المحكوم لــه بسبب مالحق به من ضرر نتيجة عدم التنفيذ ، وإنما بصفتها جزاء يوقع عليـــه لخرق قانونى ارتكبه ، يتمثل فى امتناعه عن عمل يوجب القانون عليه القيـــام به ، أو تأديته . ولكن على غير الوجه المقتضى قانونا .

ولعل تلك الطبيعة هى التى تعطى قاضى التصفية سلطة واســـعة عنـــد تقديرها . إذ رغم أن عناصر تحديدها تكون بالغة الوضوح ، لاتحتـــاج الـــى أكثر من عملية حسابية بسيطة لتغدو واضحة - عدد أيام الإخلال بـــالتنفيذ فـــى معدل الغرامة - إلا أنه يقوم بمهمة تقديرية أكبر من ذلك ، تتمثل فى رؤيتـــه لمقتضيات اعفاء الإدارة كليا أو جزئيا منها تبعا لمدى استجابتها ، وما لم بـــها من ظروف تنفى عنها سوء القصد ، أو مدى يسارها وتوافر مواردها (١) . إنها ذات السلطة التى تكون للقاضى الجزائى لتقدير الجزاء تبعا لحالـــة وظـــروف المتهم كمحض تطبيق لنظام تفريد العقاب .

إذن الغرامة قبل أن تصفى وسيلة ضغط على الشـــخص العـــام المديـــن بالتنفيذ تحضه عليه ، وهى بعد التصفية جزاء عن عدم التنفيذ (٢) . وبذلك لـــم يقصد المشرع أن تكون كما ذكرنا مرارا سبيل اثراء للمحكوم له ، حتى يفرض على القاضى أن يصفيها لحسابه كاملة ، ولم يشأ أن يجعلها تعويضا عما لحقـــه به من أضرار نتيجة عدم التنفيذ ، حتى يقدرها القاضى معتدا بقدر مـــا أصابـــه

---

(١) DEBEAURAIN (J.): voies d'exécution. Paris liberarie de l'université d'aix- en provence et presses universitaires d'aix-Marseille: 1995. P. 85.

(٢) FRAISSEIX (P.): la réforme de la juridiction administrative par la loi n° 95- 125 du 8 février 1995, relative á l'organisation des juridictivis et á la procédure civile, penale et administrative. R.D.P. 1995, p. 1053.

من ضرر ، فيكون مآلها فى نهاية الأمر إليه [١] ، فيجمع بذلك بين تعويضين : التعويض الذى يحصل عليه عن طريق دعوى القضاء الكامل التى تقيمها بسبب عدم تنفيذ الحكم كأصل عام ، والتعويض الناجم عن الغرامة . وهذا بالقطع لايجوز وإلا يكون هذا معناه أن تجازى الإدارة عن فعل واحد مرتان . مما يتعارض مع الأصول الجزائية العامة والتى لايقتصر سريانها على الأشخاص الطبيعية فحسب ، وإنما تمتد أيضا لتطبق على الأشخاص الإعتبارية أيضا . ولعل هذا ما أفضى بالمشرع إلى أن ينص فى المادة الثالثة من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ بأن الغرامة ليست لها طبيعة التعويض .

ومن الجهة المقابلة لم يرغب المشرع أيضا أن يجعل من يشاركه فيها نصيبا الخزانة العامة ، وإلا اختفت فيها فكرة الردع ، وفقدت طابع الجزاء الذى يوقع على الدولة باعتبارها الشخص المعنوى الأكبر الذى يمثل الجهات الإدارية الأخرى . فيكون هذا معناه أنها هى التى ستدفع الغرامة ، وهى أيضا التى سيؤول إليها فى النهاية مادفعته ، إذا قدر للخزانة العامة نصيبا من الغرامة المصفاة . وهذا ولاشك يفتر من أثرها ، ويوهن من فاعليتها ، ويجعلها ضربا من السخف ، ومثارا للسخرية [٢] . ولذا آثر المشرع صندوق دعم الوحدات المحلية بدلا عن الخزانة العامة . وقيل تبريرا لذلك فى حينه ، فضلا عما ذكرنا سلفا ، أن هذه الوحدات تعانى من مشاكل مالية وهى فى حاجة إلى دعم مواردها ، وإذا كانت تمثل جزءا من الإدارة التى يجب أن تستبعد عن الإستفادة بحصيلة الغرامة لذات الإعتبارات التى أفضت إلى استبعاد الخزانة العامة ، على اعتبار أن الغرامة قننت كوسيلة ضغط وإجبار لها على تنفيذ الأحكام الإدارية ، فلا يعقل أن تستفيد وهذا شأنها من حصيلتها . وإن كانت تلك الحجة تقبلها البعض بقبول حسن معللا ذلك بأن دفع قدر من حصيلة الغرامة إلى هذا الصندوق ، ليس معناه دفعها إلى الوحدات المحلية ، إذ هو يتوزع عليها جميعا، ولاتستأثر به واحدة منها . وهذا لايفقد الغرامة بالنسبة لها دورها وطبيعتها

---

(١) DREIFUSS (M.) et autre: op. cit. P. 10.

(٢) TERCINET (J.): op. cit. p. 9.

كجزاء ردعى لها (١) . غير أنها كانت وراء التعديل الذى اضطر معه المشروع إلى أن يحل محل هذا الصندوق صندوق الضريبة على القيم المضافة باعتباره صندوق دعم مشروعات عامة عديدة ، كما تتعدد أوجه نفقاته بشكل يضفى على طبيعته نوعا من التمييز الذى يتفادى به الإنتقادات السابقة .

ثانيا : طريقة توزيع حصيلة الغرامة :

١٧٣ - خلا قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، وتقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية أيضا ، من نص يحدد كيفية توزيع حصيلة الغرامة بين المحكوم له ، وصندوق الضريبة على القيم المضافة . ولقد قصد المشرع بذلك، أن يترك لقاضى التصفية حرية التقدير فى هذا الشأن . ليحدد على ضوء جملة من الإعتبارات الواقعية كيفية توزيع تلك الأنصبة . من ذلك مدى تعنت الإدارة وسوء نيتها فى التنفيذ ، وقدر مايعانيه الصندوق من وفرة فى الموارد ، أو عجز فيها ، والظروف الخاصة بذى الشأن .

ولقد اتخذ مجلس الدولة تقديرا لتلك الظروف مواقف ثلاثة : **إما أن يعهد بحصيلة الغرامة جميعها إلى المحكوم له ، وإما أن يجعلها مناصفة بين الطرفين، وإما أن يحيل للصندوق نصيبا أكبر من المحكوم له .**

فمن ناحية الحالات التى قضى فيها بدفع الغرامة كاملة للمحكوم له ، فإن ذلك لم يحدث، فى حدود مانعلم ، إلا فى حالتين : حالة السيدة Bartien التى حصلت على المبلغ كاملا وهو ٣٠٠٠ فرنك . ويبدو أن صغر المبلغ أفضت بالمجلس إلى ألا يقرر توزيعه ، ويعهد به كاملا إلى المحكوم لها . وهذا على خلاف الحالة الأخرى التى فيها حصلت إحدى الشركات على مبلغ التصفية جميعه ، وهو ٩١ الف فرنك (٢) ، إذ قدر المجلس فى هذه الحالة مقدار العنت

---

(١) - J.O. Docu. Sénat. Rapport au nom de commission des lois. 1977 1978 No: 273. P. 3215.

(٢) C.E. 15 decembre 1993. Mme. Bastien. Rec: p. 972.

الذى كابدته هذه الشركة للحصول على تنفيذ حكم التعويض الصادر لها ، ومدى ماتكبدته فى سبيل تنفيذه لاسيما وقد استغرقت اجراءات هذا التنفيذ سنوات عديدة [١] .

لم يشأ مجلس الدولة ، وتابعه فى هذا الشأن محاكم القضاء الإدارى الأخرى ، الخروج على ماتغياه المشرع من الغرامة ، فلا تتخذ سبيلا لتعويض المحكوم له ، أو وسيلة لأن يثرى على حساب الإدارة ، لذا عدل عن هذا الإتجاه . فقرر فى حالات أخرى توزيع هذه الحصيلة مناصفة بين الطرفين . ففى قضية Boivin بلغت حصيلة الغرامة ٦٢٠٠٠ فرنك ، وزعت مناصفة بينه وبين الصندوق [٢] . كما صفيت الغرامة فى قضية soulat على أساس مبلغ ٥٢٠٠٠ فرنك قسمت أيضا مناصفة بينه وبين الصندوق [٣] . وهكذا الشأن فى قضية السيدة Leportur إذ بلغت الغرامة عند التصفية حوالى ١٣٧٠٠٠ فرنك ، دفع لها النصف ، والنصف الآخر للصندوق [٤] . كما وزعت محكمة جرونبل الإدارية الغرامة التى قامت بتصفيتها مناصفة بين السيد Roymann والصندوق . فحصل كلا منهما على ٥٧٥٠٠ فرنك [٥] .

ويظهر فى حالات مغايرة اتجاه القضاء الإدارى فى طريقة توزيع حصيلة الغرامة الى التأكيد على طبيعتها الجزائية . فلا يلقى بالا لقدر النصيب الذى يخصصه للمحكوم له . اذ جل الهم أن تجازى بها الإدارة على اخلالها

---

(١) PRETOT (X): OBSERVATIONS SOUS c.e. 2 MARS 1988. Sa. LES TENNIS JEAN Becker . C/ Cne de Morne – a – L'Eau. A.J. 1988. P. 485.

(٢) C.E 6 janvier 1996. M. Boivin. R. Ad. 1995. P. 158.

(٣) C. E 6 janvier 1995. M. Soulat. A.J. 1995. P. 104. R.D.P 1995. p. 531. Concl. Denis-Linton. R. Ad. 1995. P. 18.

(٤) C.E 16 oct. 1995. Mme Leportier. J.C.P. 1996. 2-22588. Concl: Schwartz.

(٥) TA. Geronble: 9 mai 1996. M. Roymann. A.J. 1996. P. 706. Observ: M.B.

بالتنفيذ ، لا أن يحصل المحكوم له على قدر ذى ثقل منها . ولذا نجده فى تلك الحالات يقدر له منها نصيبا قليلا بدرجة لاتتناسب مع ماخصص للصندوق . مثل ذلك أنه خص المحكوم له بنسبة ١٠% من مبلغ التصفية ، وأعطى الباقى إلى الصندوق كما هو الشأن فى قضية Janky ، إذ أن المجلس ، وكما يقول البعض ، لم يشأ هنا أن يمنح هذا الموظف راتبا تعويضا عما فاته نتيجة للفصل غير المشروع ، وإنما أراد كما هو الشأن فى هذه القضية إجبار الإدارة على الإنصياع لحكم القضاء فحسب (١) وفى حالة أخرى قرر للصندوق ثلاث أرباع الحصيلة ، تاركا ربعها للمحكوم له ، كما حدث فى قضية السيدة Loubet (٢) . بل إن محكمة استئناف نانت الإدارية وزعت الغرامة التى قامت بتصفيتها فى قضية Allais وكان قدرها ١٢٣ ألف فرنك على أساس يحصل الصندوق على ١١٣ألف فرنك ، ويكون للمحكوم له العشرة الآلاف الباقية (٣) .

وقصارى القول أن قاضى التصفية فى تلك الحالات قصد ألا يخرج بالغرامة عن هدفها التشريعى ، فلا يجعلها موردا ماليا لذى الشأن أو سبيلا للإثراء على حساب الخزانة العامة (٤) . وهذا مايؤكده مجلس الدولة فى التصفية الثانية فى قضية Soulat إذ بعد أن قدر له نصف مبلغ التصفية الأولى، كما ورد سلفا ، جاء فى التصفية الثانية وخصص له ١٠% منها ، ليكون للصندوق ٩٠% من اجمالى الغرامة التى صفيت على أساس مبلغ ٤٥٣ ألف فرنك (٥) .

---

(١) C.E 14 novembre 1997. Janky. R. Ad. 1998. No: 64. P. 21. Note: L.T

(٢) C.E 22 février 1995. Mme.Loubet. A.J.A. 1995. P.5.

(٣) CAA. Nantes: 11 décembre 1996, M. Allais. A.J. 1997. P. 307. et chron: Cadenat. P. 280.

(٤) M.B: observations precitées.

(٥) C.E 3 avril 1996. Soulat. Rec: p. 115.

المطلب الثانى

آثار تصفية الغرامة التهديدية

تمهيـــــــد

١٥٦ – بصدور حكم التصفية النهائية تنحسم خصومة الغرامة ، وتطوى بتراكمها الإجرائى صفحا لينقل الحكم إلى رحاب الواقع مرتبا جملة مـــن آثــار يتماثل فى شأنها مع غيره من الأحكام . بعضها موضوعى ، وبعضها الآخـــر إجرائى . ولايهمنا لعمومها أن نتعرض لها ، فالحديث فيها لاطائل منه يرجى . فهو اتيان على محسوم ، وخوض فى معلوم . إذ لايعــــدو أن يكــون ترديــدا للقواعد العامة فى آثار الأحكام القضائية .

ولكن مانود أن نستلفت النظر اليه حقا هو مايتعلق بحكم التصفية خاصة، مما رتبه المشرع عليه من آثار بمقتضى قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، باعتبارهـــا من ناحية آثار تخصه دون غيره من جهة ، وبصفتها عاملا جوهريـــا اراد بـــه المشرع امتداد فاعلية دور الغرامة إلى مرحلة مابعد الحكـــم فيـــها ، تلاحـــق الشخص المعنوى ذاته فى ذمته المالية . وتترصد موظفيه الذين افضى امتناعهم عن التنفيذ إلى الحكم بالغرامة .

وهكذا فإن أول تلك الآثار يرتبط بتنفيذ حكـــم التصفيـــة فـــى مواجهـــة الشخص الإعتبارى المحكوم ضده . وهذه نتناولها بقدر من التفصيل فى فـــرع أول ، وثانيها مسئولية الموظف المسئول عن التنفيذ الذى أدى امتناعه عنه إلـى الحكم بالغرامة وذلك فى فرع ثان .

الفـــرع الأول

تنفيذ حكم التصفية

مدى جواز تنفيذ حكم التصفية جبرا فى مواجهة الأدارة :

١٧٥ – فى نطـــاق القانون الخاص بعد أن تصفـــى الغرامة التهديدية ،

تصير للحكم الصادر فيها قوة تنفيذية ، يصبح معها ، وفقا للمادة ٥٣ من لائحة قانون تنفيذ الأحكام الصادرة فى٣١ يوليو١٩٩٢، قابلا لأن ينفذ تنفيذا جبريا [١] وهذا الحكم لايمكن تطبيقه فى مجال تصفية الغرامة الادارية ، إذ يحول دونه الأصل الذى يحظر اتباع طرق التنفيذ العادية ، والتى منها التنفيذ الجبرى ، فى مواجهة الأشخاص الإعتبارية العامة وفقا للتحديد الذى أوردنا سلفا .

كيف يمكن إذن تنفيذ هذا الحكم ؟ ايترك مصيره إلى الإدارة لتمتنع عن تنفيذه كما فعلت بالنسبة للحكم الأصلى الذى كان امتناعها عن تنفيذه سببا فى إصداره ؟. أندع لها من سلطة التقدير مايجعل لها خيار الوقت المناسب للتنفيذ ، والطريقة الملاءمة لإجرائه ؟. إذن لم يكن صدور تشريع الغرامة خاليا من حل يحسم تلك المسألة إلا أن تتحطم كل نتيجة لهذا النظام على صخرة التسويف والمطل الإدارى فى التنفيذ تارة ، والرفض الصريح له تارة أخرى . ولايكون أمام ذى الشأن من مناص إلا أن يلجأ تارة أخرى للقاضى الإدارى ليحكم بغرامة جديدة لإجبار الإدارة على تنفيذ حكم تصفية غرامة قديمة ... وهكذا يختنق حكم التصفية بين ممانعة الإدارة ، ومبادئ تقليدية حائلة بوجودها دون الزامها بتنفيذ هذا الحكم جبرا .

لم تغب تلك الرؤى عن خاطر المشرع ، فطفق بحثا عن حل تنحسم به تلك المشكلة ، ويسد به هذه الثغرة ليحيط حكم الغرامة بسياج فاعله تضمن له حسن التنفيذ [٢]. ولذا ابتدع طريقا جديدا لتنفيذ الأحكام المالية عامة وأحكام تصفية الغرامات بوجه خاص ، جاء به قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ بشأن الغرامة التهديدية فى مادته الأولى التى عدلت بموجب المادة ٩ من قانون ٢٢ يونيو ١٩٩٤. بمقتضى هذا النص فرض المشرع تنفيذ حكم التصفية على الإدارة جبرا بشكل لايدع لها فرصة للتنصل منه ، أو إعاقة تنفيذه ، ليكون ذلك طريقا

---

(١) DONNIER (M.): op. cit. P. 94.

(٢) GERBET (M.): J.O. Doc. Rapport au nom de la commission des lois. Ass. Nat. Séance du 17 novembre 1979. No: 3219. P. 6.

موازيا للتنفيذ الجبرى المتبع فى مواجهة أشخاص القانون الخاص . ولعل هـــذا ماجعل بعض الفاقهين يصفه بأنه نوع من الدفع الجبرى للغرامة المحكوم بها[1]

وحتى يمكن الوقوف على كيفية تنفيذ حكم التصفية جـــبرا وفقـا لــهذا النظام، نعرض بداية لشروطه ، ثم نبين بعد ذلك اجراءات تطبيقه .

أولا : شروط التنفيذ الجبرى لحكم التصفية :

١٧٦ – وفقا للمادة الأولى من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ حين يكون الحكـم الحائز لقوة الأمر المقضى به صادرا بإلزام الدولة أو أحد الأشخاص الإعتباريـة المحلية أو المؤسسات العامة بدفع مبلغ مالى محدد ، فإنه يجب أن يؤمر بصرفه خلال أربعة أشهر من اعلان هذا الحكم .

ويتبــدى من هذا النص ضرورة توافر عــدة شروط لتنفيذ حكم التصفية جبرا : أن يكون حائزا لقوة الأمر المقضى ، أن يكون المبلغ فيه محـــددا ، وأن يكون صادرا فى مواجهة أحد الأشخاص الإعتبارية العامة .

(١) ضرورة أن يكون الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى به :

١٧٧ – لايكفى أن يتمتع حكم التصفية بحجية الشئ المقضى به حتى ينفذ جبرا ، وإنما يلزم أن يكون حائزا لقوة الأمر المقضى بـــه . وبرغـــم الفـــارق الكبير بين المفهومين ، إلا أن جانبا من الفقهاء يخلط بينهما ، فيستعمل احداهما وكأنه مرادف للآخر. فإذا كانت جميع الأحكام الموضوعية – كـــاصل عـــام – تحوز حجية الشئ المقضى به ، فإنه لايحوز قوة الشئ المقضـــى بـــه منـــها – وفقا للمادة ٥٠٠ من تقنين المرافعات المدنية الفرنسى الجديد إلا مالايقبل الطعن بأى من طرقه التى توقف التنفيذ ، كالطعن بالإستئناف ، أو يقبل هـــذا الطعـــن ولكن انقضى ميعاده دون حدوثه . ولما كان لايوجد نص ادارى يحـــدد هـــذا المفهوم ، فإنه يجرى فى تطبيقه فى هذا النطاق وفقا لمعناه فى قانون المرافعات باعتبارهـــا مصدرا اجرائيا أساسيا للمرافعات الإدارية فيما لم يرد بشأنه نص ،

---

(١) CHAPUS (R.): op. cit. P. 914.

وما لايتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية (١) .

ولئن كان وفقا لهذا الشرط يجب أن يحوز حكم التصفية قوة الأمر المقضى به ، فإن هذا يثير تساؤلا لما يتوجب المشرع حيازة الحكم لهذه القوة دون الحجية ؟ . الأمر مرجعه إلى الأصل الإجرائى فى نطاق المرافعات المدنية الذى يقضى بأن أحكام الإلزام ، ومنها حكم التصفية باعتباره يلزم الإدارة بدفع مبلغ معين ، لايقبل التنفيذ الجبرى إلا إذا كانت حائزة لقوة الأمر المقضى به ، إذ تقيها تلك القوة من الإلغاء من محكمة الطعن على نحو يصعب معه تفادى آثار ذلك بعد أن تكون قد نفذت فعلا (٢) .

غير أن هذا يمكن الرد عليه بأن قوة الأمر المقضى به إن كانت تقى الحكم الحائز لها من الإلغاء من محاكم الطعن العادى كالمعارضة والإستئناف ، إلا أنها لاتحول دون الغائها من محكمة الطعن غير العادى . ويحدث ذلك حال الطعن فيها بطرقه غير العادية كالطعن بالإلتماس وبالنقض . ولعل هذا مادفع بالبعض إلى القول بأن قوة الأمر المقضى به لاتقتصر وفقا لهذا الشرط على تحقق الحكم من الطعن بطرقه العادية فحسب ، وإنما تمتد إلى استلزام عدم الطعن فيه بالنقض أيضا باعتباره طريقا يمكن أن يترتب عليه الغاء الحكم المطعون فيه أو على الأقل وقف تنفيذه متى توافرت شروطه .

وتأسيسا على هذا الرأى لايقبل حكم التصفية التنفيذ جبرا فى حالات منها : **أن يكون صادرا من قاضى الأمور المستعجلة** ، إذ لايحوز هذا الحكم مطلقا قوة الأمر المقضى به. **أو يصدر عن المحاكم الإدارية، ولكن الطعن فيه يكون قائما أمام قاضى الإستئناف ، أن يكون صادرا عن محكمة الإستئناف الإدارية ومطعونا فيه بالنقض أمام مجلس الدولة** (٣) .

---

(١) VINCENT (J.) et autres: les justice et ses institutions. Paris. Dalloz. 4e edition. 1996. P. 798.

(٢) انظر : أ.د نبيل عمر : الحكم القضائى ... المرجع السابق . ص : ٢٥.

(٣) VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.): op. cit. P. 370.

(٢) وجوب تحديد المبلغ بدقة فى حكم التصفية :

١٧٨ - يستوجب المشرع أن يكون المبلغ المحكوم به محددا تحديدا نافيا للجهالة . وهذا يقتضى أمرين : أولهما أن يرد التحديد كاملا لايعتريه نقص ، دقيقا لاغموض فيه . وعلى ذلك لايجوز أن يأتى الحكم مبينا للمبلغ الأساسى ، ثم يفوته تحديد الفوائد التأخيرية أو القانونية فى الحالات التى يتوجب فيها القانون اقترانها بالحكم (١) . ولكن لايحول دون توافر هذا الشرط أن يرد حكم التصفية محددا مبلغها ، ومبينا نصيب كل من الأطراف بالنسب المئوية فحسب ، دون أن يبين مايقابل هذه النسب من المبلغ الناتج عن التصفية ، لأن معرفة ذلك تكون ميسورة بإجراء عملية حسابية بسيطة ، ولذا فإن وضوح عناصر التحديد لايثير أية صعوبة أو ينشأ أى نزاع حول تحديد المبلغ الواجب دفعه لكل من الطرفين .

أما الآخر مؤداه أن يرد التحديد فى حكم التصفية ذاته ، طالما أنه الحكم المطلوب تنفيذه . فإذا لم يحدد هذا الأخير المبلغ فى ذات منطوقه ، وإنما أحال إلى جهةإدارية أو إلى خبير مثلا أو حتى إلى حكم آخر ، أمر تصفيته أو تحديده ، فإن هذا يعنى أنه فقد شرطا جوهريا لتنفيذه جبرا (٢) . وهذا على مايبدو يعود إلى سببين : أن إيكال مهمة التحديد إلى الإدارة أو إلى خبير قد يثير الخلاف مع المحكوم له حول تقديرهما للمبلغ المطلوب ، إذ قد يساوره الشك فيما قدرته ، فينشأ نزاع جديد يفضى إلى ذات الآثار التى يؤدى إليها غموض التحديد من مشكلات قانونية وعملية حول هذا المبلغ . هذا إلى أن المشرع قصد بهذا النظام أن يكفل الإحترام لأحكام القضاء غير المعرضة بالطعن للإلغاء أو وقف التنفيذ أو التى انحسمت كل مشكلاتها القانونية . فإذا ماعهد القاضى بمسألة التحديد إلى الإدارة وقامت هى بالفعل بذلك ، فإن

---

(١) VEDEL (G.): et DELVOLVE (P.): op. cit. P. 731.

(٢) LINOTTE (D.) : Execution des decisions de justice administrative et astrintes en matière administrative. " Loi No. 80-539 du 16 juillet 1980". J.C.P. 1981-1-3011.

تحديدها لايمكن أن ينسحب عليه ذات الحماية ، لأنها مقترنة اساسـا بـالتحديد القضائى . لا بالتحديد الإدارى حتى ولو كان منسوبا إلى أحد الخـبراء . ولـذا لايكون حقيقا بتطبيق هذا النظام (١) .

تجلى اذن ماتغياه المشرع من تطلب هذا الشرط إنه دفع للـنزاع الـذى يمكن أن يثور بين الإدارة والمحكوم له عند السداد ، فلا يطالب ، لعدم التحديـد أو غموضه ، هذا الأخير بما لم يقتضيه الحكم ظنا أنه من موجبات تنفيـذه (٢) . ولاتتنكر الإدارة لما يعد من مستلزمات هذا التنفيذ . تذرعا بغموض قد اعتراه ، فتتدخل بتأويل خاطئ للحكم . وهو إن لم يمثل مساسا محظورا به . فعلى الأقـل يفضى بها إلى دفع غير المطلوب ، فيقع الخلاف بينها وبين الطرف الآخـر. إن لم يرتب أثرا جسيما ، فإنه فى كل الأحوال سيعوق تنفيذ الحكم . وتلك مشـكلة كان المشرع أحرص بإصدار هذا القانون على حلها .

(٣) لزوم صدور الحكم فى مواجهة أحد الأشخاص العامة :

١٧٩ – لكى يمكن تطبيق نظام الدفع الجبرى لمبلغ الغرامـة يجـب أن يكون حكم التصفية صادرا ضد أحد الأشخاص الإعتبارية العامة ، سواء تمثلت فى الدولة ، أو غيرها من الأشخاص الإعتبارية الإقليمية ، أو إحدى المؤسسات العامة . ويمتد نطاق هذا النظام أيضا ليشمل الأشخاص الإعتباريـة الخاصـة المكلفة بإدارة مرفق عام (٣) .

وتطبيقا لذلك لايجوز تنفيذ الحكم الصادر بتصفية غرامة تهديديـة ضـد أحد أشخاص القانون الخاص ، حتى ولو كان صـادرا عـن محـاكم القضـاء الإدارى (٤) .

---

(١) J.O. Rapport précite. p. 8.

(٢) J.O. Rapport Precite. p. 11.

(٣) C.E 10 fevrier 1992, commun de charbonniéres – lés – Varennes. Rec: p. 1233. R.D.P. 1993. P. 481.

(٤) C.E 24 juillet 1987. M. Brolin. D. 1987. P. 188.

وقد يتساءل البعض عن السبب فى تلك المغايرة فى تطبيق هذا النظام ؟. ترجع هذه المغايرة إلى الفلسفة التشريعية التى كانت وراء الأخذ به . ذلك أن الأشخاص الخاصة يمكن إجبارهم على تنفيذ مايصدر فى مواجهتهم من أحكام الإلزام بطرق التنفيذ المعهودة فى القانون الخاص [1]. وطوال تلك الفترة كانت الأشخاص العامة تتمتع بامتياز عدم اتخاذ تنفيذ الأحكام جبرا فى مواجهتها . وهذا ولاشك مثّل صدعا فى مبدأ سيادة القانون ، وخلق نوعا من التمايز بين الشخص العام والخاص . أراد المشرع أن يخفف من حدته ، ليقارب فى الخضوع للقانون بين هذا وذاك ، ليفرض على الشخص العام احترام أحكام القضاء الإلزامية بالدفع الجبرى للمستحق عليه ، كما يخضع الشخص الخاص للتنفيذ الجبرى للوفاء بما عليه . ولذا كان لزاما نزولا على مقتضيات المساواة، وتقديرا لاعتبارات احترام الأحكام ، أن يفرض على الأشخاص العامة تنفيذ الأحكام المالية الصادرة ضدها جبرا .

ثانيا : اجراءات التنفيذ الجبرى لحكم التصفية :

١٨٠ - بتوافر الشروط السابقة تبدأ اجراءات الدفع أو التنفيذ الجبرى لمبلغ الغرامة المصفاة . وهى اجراءات يمكن تناولها من خلال عدة أفكار : الدفع خلال مدة معينة مباشرة ، الدفع بناء على طلب ذى الشأن ، وكيفية حل مشكلة التعارض بين وجوب الدفع وعدم كفاية الإعتمادات المالية اللازمة .

(١) الدفع مباشرة خلال مدة معينة :

١٨١ - وفقا للفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ بتوافر الشروط السابقة يجب أن يصدر اذن أو أمر بصرف المبلغ المحدد فى الحكم خلال أربعة اشهر من اعلان هذا الحكم . وتختلف جهة اصدار هذا الإذن أو الأمر تبعا لما إذا كان الحكم صادرا ضد الدولة ، أو إحدى

---

(١) انظر فى هذا الشأن تفصيلا :

VINCENT (J.) et PREVULT (J.) : Voie d'éxecution et procedures de distrebution . Paris. Dalloz. 6e edition. 1987.

الأشخاص الإعتبارية الأخرى ، ففى الحالة الأولى يصدر أمر الصرف عن الوزير المختص باعتباره ممثلا للدولة أمام القضاء . أما فى الحالة الأخرى، فإن اذن الصرف يصدره المحاسب المختص .

ويعترض البعض على مدة الأربعة الأشهر ، إذ أنها مدة من الطول بحيث يمكن خلالها تتعثر الإجراءات ، مع ماقد يحدث من اعتراض المحاسب المختص على الدفع . حقا أنه من النادر حدوث ذلك ، ولكنه أمر ممكن الحدوث خاصة حال عدم وجود اعتمادات كافية . إن القانون وقد قصد سداد المبلغ المحكوم به فى اسرع وقت ، قد قلل من هذه الميزة بإغراق طريقة الدفع بإجراءات يقوم بها موظفون اداريون لإصدار أوامر الصرف . قد يدفعهم سوء القصد إلى إعاقتها . ولذا كان من المفروض أن يكون النص على دفع المبلغ فور الإعلان بالحكم ، دون انتظار مدة أربعة أشهر لإصدار الإذن بصرفه (١).

ويبدو أن إسناد مهمة اصدار هذه الأذون الصرف إلى موظف ادارى كانت مثار اعتراض بعض النواب فى الجمعية الوطنية حال مناقشة مشروع هذا القانون ، بل إن مقرر لجنة القوانين بالجمعية تبنى اقتراحا مؤداه جعل هذه المسألة من اختصاص القضاء . وكانت فائدة هذا الإقتراح تتبلور فى أمرين : اعفاء المحكوم له من شرط المدة الذى كان يلزمه بالإنتظار خلالها للحصول على المبلغ المحكوم به . وعدم خضوعه لموظف ادارى يتمتع فى رفض الدفع بسلطة واسعة لم يكن القاضى الإدارى يقبل أن يبسط رقابته عليه فى شأنها حينا طويلا (٢) .

وتحقيقا لتلك الإعتبارات أضيفت إلى مشروع هذا القانون مادة جديدة – كانت بديلا عن المادة الأولى محل هذه الدراسة – كان نصها على أنه يكون للدائن – أى المحكوم له – حالة حصوله على حكم قضائى مشمول بالنفاذ ،

---

(١) LINOTTE (D.) : op. cit. P.

(٢) GREVISSE (M.): conclusions sur C.E 5 fevriér 1971, Ministre de l'économie et des finances c/ Balme. Rec: p. 105.

يلزم الدولة أو أحد الأشخاص الإعتبارية الأخرى ، أو المؤسسات العامة . بدفع مبلغ محدد فى منطوقه ، أن يستوفى هذا المبلغ مباشرة بمجرد تقديم صورة رسمية من الحكم مشمولة بالصيغة التنفيذية إلى المحاسب المختص بالخزانة العامة (١) .

غير أن الحكومة اعترضت على هذا الإقتراح ، وقدم وزير العدل جملة من الأسباب التى تؤيد هذا الإعتراض ، بعضها يتناوله من الناحية النظرية ، والآخر يتصل بناحيته العملية . فمن الناحية النظرية يعلن الوزير أن النص المقترح يمثل اعتداء على الدستور من جهتين : فهو من جهة يتعارض مع قواعد توزيع الإختصاص بين السلطة التشريعية والسلطة اللائحية . إذ أن المشرع يتدخل به فى شأن هو من اختصاص السلطة اللائحية ، ذلك لأن تنظيم المصروفات العامة ، وما يتعلق بها مما يدخل من الناحية التنظيمية فى النطاق اللائحى . وهو من جهة أخرى يعهد للقاضى بسلطة اصدار أوامر صرف مايدخل فى نطاق المصروفات العامة التى تعد من الإختصاص الأصيل للسلطات الإدارية تمارسه فى حدود القوانين واللوائح . ومن هنا فإن النص المقترح يخالف مبدأ فصل السلطات الذى يعد واحدا من أهم المبادئ الدستورية(٢) .

---

(١) BON (P.): op. cit. P. 26.

(٢) وفى الرد على تلك الحجة قال مقرر القانون أنه وفقا للمادة ٣٤ من دستور ١٩٥٨ للمشرع الإختصاص الإستئثارى بتقرير وتنظيم الضمانات الأساسية لممارسة حقوق المواطن وحرياته . ولعل من أهم تلك الحقوق التى تدخل فى نطاق القانون لا اللائحة حق المواطن فى الحصول على ماحكم له به . هذا الحق الذى يقتضى أنه إذا حصل فى مواجهة الدولة أو أحد الأشخاص العامة الأخرى على حكم بدفع مبلغ معين أن يستوفيه بأيسر السبل . ولذا فإنه حين يعترف له النص المقترح بحق استيفاء هذا المبلغ بمجرد تقديم صورة رسمية من الحكم إلى المحاسب المختص ، فإن معنى ذلك أنه يكفل له ضمانة أساسية لايمكن أن تنكره ثم يعلن أنه لايوجد أى اعتداء على مبدأ فصل السلطات . وإنما الإعتداء الحقيقى يتجلى فى رفض السلطة التنفيذية الإمتثال لأحكام القضاء .

أما من الناحية العملية فيقدم الوزير عدة أسباب لرفض الإقتراح نجتزئ منها ماقيل بأن : القاضى لايستطيع أن يقوم بمهمة اصدار اذن صرف المبالغ المستحقة على الدولة كنفقات عامة ، لأن تلك المهمة تحتاج إلى اجراءات مالية فنية ، يقوم بها محاسبون متخصصون ، ترتبط اساسا باصول وخصوم ميزانية الجهة المحكوم عليها ، والعلم بمدى وجود اعتمادات مالية كافية ، وكيفية اجراء الخصم من حساباتها بشكل يستلزمه تخريج المبلغ المحكوم به . وتلك مهمة لايقدر عليها القاضى لاسيما وأنها تختلف باختلاف الوزارات وتتفاوت من مرفق عام لآخر . ثم يقول دعونا أيها السادة نتساءل كيف ، إذا قدر لهذا الإقتراح أن يطبق ، يمكن أن نتفادى دفع المبلغ المحكوم به أكثر من مرة، إذا كان كل ما يتطلبه النص المقترح مجرد تقديم صورة رسمية من الحكم للمحاسب المختص ! ألا يبعث هذا على التحايل ، والغش وتعدد دفع المبلغ المحكوم به لمرات عديدة ؟! . ومن جهة ثالثة أن النص المقترح لاتخفى خطورته بالنسبة للمحاسبين لدى الأشخاص الإعتبارية المحلية ، وذلك لأنه إذا كانت الدولة لديها اعتمادات مالية تقديرية تدفع منها المحكوم به عليها من النفقات القضائية (مصاريف قضائية ، أو أحكام مالية) ، فإن الأشخاص الإعتبارية المحلية لاتملك هذه الإعتمادات . ولذا فإن أولئك المحاسبين سيقعون لامحالة تحت طائلة القانون إذا أخذ بالنص المقترح . وذلك لأنه فى حالة عدم وجود اعتمادات كافية لدى هذه الجهات ، لايخرج موقف المحاسب عن أحد أمرين : إما أنه سيضطره النص المقترح – فى حالة الأخذ به – إلى الدفع، وهنا سيتعرض للمساءلة القانونية أمام المحكمة التأديبية للمخالفات المالية، لسبب أنه دفع حال عدم وجود اعتماد كاف . وإما يمتنع عن الدفع ، وفى هذه الحالة أيضا ستوقع عليه عقوبة الغرامة المقترحة فى هذا القانون لامتناعه عن تنفيذ حكم قضائى (١) . لكل هذه الأسباب تم رفض الإقتراح وصدر القانون بنص المادة الأولى على ماهى عليه الآن .

BON (P.) : op. cit. P. 27-28.

(١) BON (P.): op. cit. P. 27.

(٢) الدفع بناء على طلب المحكوم له :

١٨٢ - إذا لم يتم سداد المبلغ المحكوم به خلال الأشهر الأربعة من اعلان الحكم ، فإن الدفع الإجبارى سيتم وفق اجراءات تختلف تبعا لما إذا كان الحكم صادرا فى مواجهة الدولة أم ضد غيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة.

ففى حالة ما إذا كان الحكم صادرا فى مواجهة الدولة يكون على المحكوم له التقدم بطلب إلى المحاسب المكلف بدفع المبالغ المستحقة ، مقترنا بصورة من الحكم . فى هذه الحالة إذا كان هو المختص فعلا فإنه يقوم بدفع المبلغ المستحق على الفور ، أما إذا كان المحكوم له قد أخطأ وقدم الطلب لآخر غير مختص ، فإنه يكون على هذا الأخير إحالة الطلب مباشرة إلى المختص ، مع اخطار المحكوم له بهذا الأمر . ونلاحظ فى تلك الحالة أن الدفع يكون فورا دون اجراءات أوامر الصرف ، هذا إلى أن المسئول عن الدفع لاسلطة تقديرية له فى قبول أو رفض السداد ، وإنما هو ملزم بالدفع (١) . ولعل هذا مادفع البعض إلى القول بأن المحكوم له ، حتى يتخطى عقبات أوامر الصرف يمكنه أن يلجأ بعد مضى أربعة اشهر من اعلان الحكم مباشرة إلى المحاسب المختص للحصول على المبلغ المحكوم به (٢) .

أما فى حالة الأحكام الصادرة فى مواجهة الأشخاص الإعتبارية الأخرى ، فإنه وفقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، إذا لم تصدر أوامر بالصرف خلال مدة الأربعة الأشهر التالية لإعلان الحكم ، فإنه يكون على السلطة الوصائية لتلك الأشخاص ، ممثلة فى المحافظين ، أن تقوم بإصدار أمر صرف للمبلغ المستحق (٣) . وعلى نحو مايبدو أن هذه السلطة لاتملك تقدير الدفع من عدمه ، وإنما هى ملزمة فى جميع الأحوال بإصدار أمر

---

(١) VEDEL(G.): et DELVOLVE (P.) op. cit. P. 735.

(٢) BON (P.) : op. cit. P. 29.

(٣) VINCENT (J.) et autres : la justice .... Op. cit. P. 799.

الصرف [١] . ولكن إذا رفضت إصداره فإنها تكون بذلك قد امتنعت عن تنفيذ حكم قضائى مما يمثل تصرفا مخالفا للقانون يمكن لذى الشأن أن يطعن عليه بالإلغاء [٢] . كما أنه يرتب مسئولية الدولة المدنية على نحو يمكنه أيضا من أن يقيم دعوى تعويض عما لحقه من اضرار نتيجة عدم تنفيذ الحكم بالإمتناع عن إصدار أمر الصرف [٣] .

(٣) مشكلة عدم كفاية الإعتمادات المالية :

١٨٣ – أن ثمة تساؤلا جديرا بالطرح فى هذا المقام إذا كانت الإدارة ملزمة بالدفع شاءت أم ابت ، فماذا لو لم توجد لديها اعتمادات مالية كافية لسداد المستحق عليها ؟ هل لها أن تمتنع عن الدفع تحت هذه الضرورة ، أم أن هذا لايعفيها من وجوب الدفع خلال الأشهر الأربعة أو بمجرد تقديم الحكم بعد مضيها ؟ .

يفترق الحل الذى أتى به قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ تبعا لما إذا كان الحكم صادرا فى مواجهة الدولة ، أم الأشخاص العامة الأخرى .

فبالنسبة للحالة الأولى تمتد مدة الأربعة الأشهر التى يجب تنفيذ الحكم خلالها إلى ستة أشهر حتى يتم توفير المـوارد اللازمة لدعم الإعتمادات المخصصة لتنفيذ الأحكام . وهذا معناه أن محاسب الدولة المختص يترك له مدة شهرين ليوفر خلالها الموارد اللازمة . فإذا مضت تلك المدة ، فإنه وفقا للفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ يلتزم المحاسب المختص بدفع المبلغ المستحق بناء على طلب المحكوم له ، أو بمجرد اطلاعه على الحكم [٤] .

---

(١) RIVERO (J.) et WALINE (J.): op. cit. P. 196.

(٢) C.E 23 mars 1984, organisme de gestion des ecoles catholiques de coueron. R.D.P. 1984. P. 1125. Note: Auby.

(٣) BON (P.) : op. cit. P. 30.

(٤) CHAPUS (R.) : op. cit. P. 913.

أما بخصوص الأحكام الصادرة فى مواجهة الأشخاص الإعتبارية الأخرى ، فإنه وفقا لذات النص ، يكون على السلطة الوصائية أن توجه انذارا إلى الشخص الإعتبارى المعنى بضرورة توفير الموارد الضرورية لتنفيذ الحكم، فإن لم يستطع توفيرها خلال شهرين من انذاره بتوفيرها ، يكون على السلطة الوصائية أن تصدر أمرا بصرف المبلغ المطلوب ، أى أنها فى هذه الحالة تقديرا للموقف المالى المتعسر للشخص الإعتبارى تحل محله فى السداد حتى لايرتب امتناعها مسئولية الدولة المدنية للإمتناع عن تنفيذ حكم قضائى وفقا للقواعد العامة (١) .

الفرع الثانى

المسئولية المالية للموظف الممتنع عن التنفيذ

تمهيد :

١٨٤ - لانعنى بتلك المسئولية هنا المسئولية عن الخطأ الشخصى التى تنظمها القواعد العامة فى شأن دعوى التعويض ، وإنما نعنى تلك المسئولية التى أتى بها قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ لأول مرة لتدعيم فاعلية ماوضعه من أحكام بشأن فرض احترام أحكام القضاء على رجال الإدارة . ذلك أنه إذا كانت الغرامة التهديدية تمثل جزاء ينال من الشخص الإعتبارى فى ذمته المالية ، وإذا كان الشخص الإعتبارى لطبيعته لا إرادة واعية له تنفذ أو ترفض التنفيذ ، وإنما ذلك بإرادة ممثليه من الأشخاص الطبيعيين ، فقد كان لزاما لضمان فاعلية هذا القانون فى أداء هدفه أن ينال منهم ، كما نال منه ، وأن يعرضهم للعقاب كما كانوا سببا بامتناعهم أو بإهمالهم فى إنزال جزاء الغرامة به (٢) .

---

(١) C.E. 29 avril 1987. Ministre de l'interieur. R.F.D. Ad. 1987. P. 989. Concl: Roux.

(٢) VINCENT (J.) et autres: la justice .... Op. cit. P. 803.

ربما تتحد تلك المسئولية مع المسئولية التقليدية للموظف فى لزوم ثبوت الخطأ فى جانبه ، ولكنها تختلف عنها فى نواح عديدة . من ابرزها القاضى والعقوبة . أما القاضى فليس هو القاضى الإدارى ، وإنما تمثله المحكمة التأديبية الخاصة بالفصل فى المخالفات المالية ومخالفات الميزانية . وأما العقوبة ، فهى غير التعويض، وإنما هى جزاء جنائى يتمثل فى الغرامة المالية. لنرى إذن الحالات التى تتحرك فيها تلك المسئولية ، والإجراءات التى تتبع فى شأنها .

أولا : حالات المسئولية المالية للموظف :

١٨٥ - هناك حالتان تتحرك فيهما هذه المسئولية ، يجمع بينهما صفة مشتركة هى ارتباطها بتنفيذ الأحكام الصادرة فى مواجهة الأشخاص الإعتبارية العامة . أولهما الإخلال بتنفيذ الحكم الأصلى ، أى الذى أفضى عدم تنفيذه إلى صدور الحكم بالغرامة التهديدية ، والأخرى عدم تنفيذ حكم التصفية (أوالأحكام المالية بشكل عام) [١].

(١) حالة الإخلال بتنفيذ الحكم الأصلى :

١٨٦ - على نحو مانصت المادة السابعة من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ معدلا بقانون ٢٩ يناير ١٩٩٣ ، كل موظف يتسبب بتصرفه ، فى الحكم على أحد أشخاص القانون العام بغرامة تهديدية ، بسبب عدم التنفيذ الكلى أو الجزئى أو التنفيذ المتأخر لحكم قضائى يعاقب بغرامة ٥٠٠٠ فرنك ، أو اجمالى راتبه السنوى إذا كان يتجاوز ٥٠٠٠ فرنك ، مقدرا يوم امتناعه عن تنفيذ الحكم الذى كان يجب تنفيذه .

---

(١) آثرنا أن نطلق عليها المسئولية المالية للموظف تميزا لها عن غيرها من المسئوليات التى تثور فى شأن الموظف كالمسئولية الجنائية أو التأديبية من جهة . ونظرا لما يترتب على تصرف الموظف الذى كان سببا فى اثارتها من آثار مالية جسيمة بالنسبة للشخص الإعتبارى العام .

ويتبدى من النص من جهة أن جميع تصرفات الموظف التى تفضى إلى الحكم على الشخص العام بغرامة تهديدية ، توجب اثارة مسئوليته أمام تلك المحكمة التأديبية [1] . يستوى فى هذا الشأن أن يكون تصرفه عمديا أم غير عمدى ، إذ لايشترط هنا توافر القصد لديه فى الإخلال بتنفيذ الحكم ، وإنما يكون مسئولا حتى ولو ترتب على اهماله الحكم بالغرامة التهديدية .

ومن جهة أخرى لايتقيد تصرف الموظف من حيث اثارته للمسئولية بأثر محدد فى تنفيذ الحكم الأساسى ، فسواء ترتب عليه عدم تنفيذ هذا الحكم كاملا أو جزئيا ، أو أفضى إلى تنفيذه متأخرا ، فإنه يرتب هذه المسئولية . إذ لافرق فى الأثربين هذه الأمور الثلاثة ، لأن النتيجة واحدة فى النهاية . وهى الإخلال بالتنفيذ المفضى إلى الحكم بالغرامةالتهديدية . ولذلك رفض مجلس الشيوخ الفرنسى مشروع الحكومة لهذا النص الذى كان يقصر ترتيب هذه المسئولية فى حالة واحدة هى أنه يترتب على تصرف الموظف تأخير التنفيذ [2] ليستغرق كل حالات الإخلال بالتنفيذ ، لأن العبرة فى ترتيب المسئولية ، كما قلنا ، ليست بنوع التصرف ، وإنما بالأثر الذى يحدثه فى الحكم بالغرامة ضد الشخص العام. وطالما أن كل حالات الإخلال بالتنفيذ لها ذات الأثر ، فإن هذا معناه اثارة المسئولية فى جميع تلك الحالات .

وأخيرا لاتتوقف مسئولية الموظف وفقا لهذه الحالة على الحالة التى يصدر فيها حكم الغرامة على الشخص العام من مجلس الدولة وفقا للمادة الثانية من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠، على نحو ماصدر عليه هذا النص . وإنما تمتد لتشمل أيضا الحالات التى يصدر فيها حكم الغرامة من المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية وفقا لقانون ٨ فبراير ١٩٩٥ . كما تشمل أيضا تلك التى يكون هذا الحكم صادرا من محاكم القضاء العادى ضد أحد الأشخاص

---

(١) FABRE (J.): la cour de discipline budgétaire et financier. R. Ad. 1970. P. 429 et ss.

(٢) BON (P.) : op. cit. P. 50.

الإعتبارية العامة أو الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام ، وذلك فى الحالات التى ينعقد لها الإختصاص بالفصل فى المنازعات الإدارية [١] .

(٢) حالة الإمتناع عن تنفيذ حكم التصفية :

١٨٧ – مثار المسئولية فى هذه الحالة مخالفة نصوص المادة الأولى من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ والتى تتعلق بتنفيذ الأشخاص الإعتبارية العامة للأحكام المالية التى تصدر فى مواجهتها . فإذا تسبب الموظف بتصرفه فى تعطيل تنفيذ هذه الأحكام بصفة عامة ، أو أحكام تصفية الغرامة التهديدية بوجه خاص ، ففى هذه الحالة تثور مسئوليته أمام المحكمة التأديبية للمخالفات المالية.

ومن خلال هذا النص يبدو أن الإمتناع عن تنفيذ أحكام التصفية الموجب لتحريك مسئولية الموظف يأخذ أحد شكلين : امتناع الموظف المختص عن اصدار إذن الصرف اللازم لتنفيذ الحكم خلال مدة الأربعة الأشهر التالية لإعلان هذا الحكم ، أو فى مدة أقصاها ستة اشهر من هذا الميعاد حالة عدم توافر الإعتمادات المالية اللازمة للتنفيذ . والآخر رفض السلطة الوصائية إصدار أمر الصرف بدلا من الشخص العام الخاضع لوصايتها ، حالة عدم توافر اعتمادات مالية لديه تكفى لتنفيذ حكم التصفية [٢] .

وتكون العقوبة على ارتكاب أى من هاتين المخالفتين ، وفقا للمادة ٥ من قانون ٢٥ سبتمبر ١٩٤٨ بشأن المحكمة التأديبية للمخالفات المالية ، معدلا بقانونى ٢٩ يناير ١٩٩٣ و ٢٤ يوليو ١٩٩٥ ، هى غرامة ٥٠٠٠ فرنك أو اجمالى الراتب السنوى للموظف المسئول عن ارتكابه مخالفة عدم التنفيذ ، إذا كان يتجاوز هذا المبلغ مقدرا يوم ارتكابه هذه المخالفة . ولايحول توقيع هذا الجزاء على الموظف دون توقيع جزاء جنائى عليه عن ذات المخالفة ، فلا يعد هذا ازدواجية فى العقاب محظورة قانونا ، أو اخلالا بمبدأ عدم العقاب عن فعلى

---

(١) BERRE (L.): les povoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire á l'egard de L'Administration. A.J. 1972. P. 14.

(٢) BON (P.) : op. cit. P. 49.

واحد أكثر من مرة،لأن المحظور وفقا لهذا المبدأ تعدد العقوبات التي تنتمي إلى نظام قانوني واحد ، كأن تتعدد العقوبات الجنائية أو الجزاءات الإدارية عن ذات الفعل . أما إذا كان كل جزاء ينتمي إلى نظام قانوني مستقل ، فإن التعدد حالئذ يكون جائزا (١) . وأخيرا تنشر أحكام الإدانة التي توقعها هذه المحكمة بالجريدة الرسمية .

ثانيا : اجراءات المسئولية المالية للموظف :

١٨٨ – فضلا عن الإجراءات التي تنظمها القواعد العامة ، هناك بعض الإجراءات تستوجب خصوصيتها التعرض لها ، بعضها يتعلق بكيفية اثارة هذه المسئولية المالية للموظف ، وبعضها الآخر يرتبط بتحديد النطاق الشخصي لها.

(١) كيفية تحريك المسئولية المالية للموظف :

١٨٩ – تتحرك مسئولية الموظف أمام المحكمة التأديبية للمخالفات المالية وهي محكمة تشكل من ستة أعضاء ، يتم تعيينهم لمدة خمس سنوات . وهم الرئيس الأول لمحكمة المحاسبات رئيسا ، واثنان من أعضاء محكمة المحاسبات ، وثلاثة أعضاء من مجلس الدولة . ومقرها محكمة المحاسبات . ويوجد لها مدعي عام يمثله المدعي العام لدى محكمة المحاسبات . ولقد أنشأت لكفالة احترام قانون الميزانية أو القانون المالي ، وكفالة المشروعية المالية (٢) . والأحكام الصادرة من هذه المحكمة يطعن فيها بالنقض أمام مجلس الدولة باعتبارها من إحدى جهات القضاء الإداري المتخصص (٣) .

ولكن كيف تتصل المحكمة بالمنازعة التي تثور عنها مسئولية الموظف ؟ الأمر يختلف تبعا لما إذا كانت المخالفة التي ارتكبها الموظف هي الإخلال بتنفيذ حكم افضى إلى الحكم على الشخص العام بغرامة تهديدية ، أم إذا كانت

---

(١) C.C. 17 janvier 1989. R.F.D. Ad. 1989. P. 215.
C.C. 28 juillet 1989. Rec. c.c. p. 365.

(٢) VINCENT (J.) et autres: la justice.... Op. cit. P. 463.

(٣) VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.): op. cit. P. 650.

مخالفة الإمتناع عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التصفية (أو حكم مالى) . ففى الحالة الأولى تتحرك المسئولية عن طريق القاضى الذى حكم بتصفية الغرامة .

إذ لايجوز للمحكوم له أن يباشر الإجراءات أمام المحكمة من تلقاء نفسه، وإنما يكون لمجلس الدولة ، وفقا للمادة ٦ من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، أن يرسل نسخة من الحكم الصادر منه بتصفية الغرامة التهديدية إلى المدعى العام لدى هذه المحكمة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمة الموظف المسئول (١) . وذات الإجراء نصت عليه المادة ٢٢٢-٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية التى ألزمت هذه المحاكم بإرسال نسخة من حكم التصفية الصادر عنها إلى المدعى العام لدى المحكمة التأديبية للمخالفات المالية .

أما تحريك المسئولية فى الحالة الثانية فهى تتم من خلال المحكوم له الذى يودع طلبا لدى أمانة المحكمة بقصد اتخاذ اجراءات محاكمة الموظف الممتنع عن القيام بما يلزم لتنفيذ الحكم المالى الصادر ضد الشخص العام (٢) .

(٢) النطاق الشخصى للمسئولية المالية :

١٩٠ – حين تقرر هذا النظام بصدور قانون المحكمة التأديبية للمخالفات المالية عام ١٩٤٨ كان مقصورا على صغار موظفى الدولة من المحاسبين الذين يترتب على أخطائهم أضرار بمالية الدولة . وحتى صدور قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ كان نطاق تطبيق هذه المسئولية محدودا ، إذ كان يعفى من الخضوع لها الوزراء ، والعمد ، والمحافظون ، وأعضاء المجالس المحلية ، وطوائف عديدة، كانت تمثل مركز الثقل فى التأثير على تنفيذ الأحكام القضائية. إذ هى فى الحقيقة الجهة المقررة للإمتناع عن التنفيذ أو تأخيره وما صغار

---

(١) C.E 6 janvier 1995. Soulat A.J. 1995. p. 157. Concl: Denis-Linton.

(٢) CHABANOL (D.): la pratique du contentieux administratif devant les Trilunmx administratifs et les cours administratives d'appel. Paris. Litec. 2e edition. 1992. P. 217.

الموظفين إلا أداة لتنفيذ هذه الأوامر فحسب (١) .

وعلى اثر الإنتقادات الفقهية لهذا التمييز البغيض ، بدأ المشرع يوسع من نطاق المسئولية المالية ، ويقلل من الفئات المعفاه من الخضوع له . حتى صدر قانون ٢٩ يناير ١٩٩٣ الذى أجاز مسئولية العمدة والمحافظين وأعضاء المجالس البلدية المنتخبين ، إذا ثبت أن تصرفهم كان سببا فى الحكم على الشخص الإعتبارى العام بغرامة تهديدية (٢) .

ولم يبق حتى الآن إلا أعضاء الحكومة الذين لاتقرر مسئوليتهم أمام تلك المحكمة حتى ولو ثبت فعلا أنهم وراء عدم تنفيذ الأحكام (٣) .

---

(١) VEDEL (G.). et DELVOLVE (P.): op. cit. P. 736.

(٢) BOUDINE (J.): la responsabilté direct élus locaux devant la cour de dicipline budgétaire et financiére. L.P.A. 13 août 1993. P. 7 et ss.

(٣) CHAPUS (R.): Droit administratif Général. Paris. Mont chrestien. 11e edition. 1997. T. 1. P. 735.

TERCINE (J): vers la fin de l'inex écution des decisions juridictionnelles par l'administration? A.J. 1981. P. 3.

١٩١ – ظل القاضى الإدارى حينا من الدهر متجردا من ســـبل فاعلـــه لضمان تنفيذ أحكامه . ومكث غير قليل عاجزا عن أن يحدث فى الواقـــع جـل مايرجو المتقاضى من آثارها . فهو يقضى ، والإدارة تتمارى فى تنفيذ حكمـه ، تمتنع حينا وتماطل حينا آخر . تعتصم بمبادئ إن لم نشك فى نبـــل أهدافـــها ، يستبد بنا الريب فى قدرتها على تحقيقها . ومنذ مطلع هذا القرن والفقـــه يلـــهث وراء مجلس الدولة بحجج تتاهت قوة وإقناعا يستحثه علــــى التحـــول عنـــها ، لتنطلق رقابته إلى آفاق ترجوها دولة سيادة القانون . ويأبى مجلس الدولــــة إلا أن يأخذ المشرع هذه المرة المبادرة ، وبالفعل صدر قانون ١٦ يوليـــو ١٩٨٠ ليطارد الإدارة بغرامة تهديدية توقع فى حالات ثلاث : عدم التنفيذ الكلى للحكم، أو تنفيذه جزئيا ، أو تنفيذه متأخرا ، ويعدل القانون مرات عديدة كان آخرها فـى ٨ فبراير ١٩٩٥ بقانون أحدث اصلاحا قضائيا غير مشهود اســتكمل القـــاضى الإدارى به سلطانه تجاه الإدارة ، ليعلن عن مولد مرحلة جديـــدة فـــى نطـــاق المرافعات الإدارية عامة ، وتنفيذ الأحكام بوجه خاص (١) .

تجسدت فى قانون الغرامة رؤى المشرع الفرنسى لدور القاضى الإدارى المعاصر فى تحقيق صياغة جديدة لدولة القانون ، صياغة يدخل بها إلى القـــرن الجديد ، غير مثقل بتوجيهات وقيود امتيازات الإدارة ، صياغة تمثل إرهاصات تبشر بميلاد مبدأ جديد (لا امتياز لـــلإدارة) ! صياغـــة تعكــس عـــددا مـــن التشريعات يتغشاها التطور المتلاحق فى مظاهر رب يوما تضع أثقالـــــها بمـــا لاعهد للقانونيين به ، فتسقط من حصون الإدارة مامثل سياجا حالت سنينا عـــددا دون أن يلج القاضى الفرنسى دون غيره محارمها (٢) .

---

(١) FOMBEDUR(P.) et RAYMOUD(F.): chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1999. P. 554.

(٢) MOUZOURAKI (P.): la modification du code des tribunaux administratifs en Allemagne fédérale. R.F.D. Ad. 1999. P. 150.

حقا أن الخطاب القانونى لتشريع الغرامة يعكس تصورا رائعا لمنظومة ثلاثية فى نطاق تنفيذ الأحكام : القاضى ، الإدارة ، المتقاضى . فالقاضى لم يعد دوره يتوقف عند سلطة الحكم فى الدعوى فحسب ، وإنما تجاوزه إلى نطاق التنفيذ أيضا . وصارت له كالقاضى العادى ، أدواته التى تفعل تأديته لهذا الدور أيضا . ولعل هذا يفسر مايقوله بعض الفاقهين تعليقا بأن : قانون الغرامة نقل عدالة القاضى الإدارى من نطاقها النظرى إلى آفاق التطبيق الفعلى (١) . أما الإدارة فتتجرد من جانب من امتيازاتها لتقف مع المتقاضى أمام القاضى الإدارى سواء بسواء ، لا فى نطاق مرحلة الحكم فحسب ، وإنما أيضا فى رحاب التنفيذ خاضعة لذات التهديدات المالية التى يخضع لها الأفراد العاديون حال الفصل فى دعواهم أمام القاضى العادى . بل وتؤمر بأن تأتى تصرفا أو تمتنع عن غيره مما يستوجبه تنفيذ حكمه . والمتقاضى امن واطمأن بعد خوف ورهب من حصوله على حكم يصعب عليه تنفيذه ، فقد نشأ له حق جديد بمقدم هذا القانون هو حقه فى عدالة سريعة وفعالة تكفل الغرامة ممارسته .

وقد يقال أن الإدارة قد لاترهبها الغرامة ، إذ تفعل كما يحدث فى دعوى التعويض ، فتؤثر أن تدفع عن أن تنفذ . وهذا القول مردود عليه بأمرين : أولهما أن الغرامة تظل فى تزايد مستمر تبعا لمضى الوحدات الزمنية التى تمتنع خلالها الإدارة عن التنفيذ حتى ترضخ وتسلم به تسليما . ولذا نراها تضطر اليه مجبرة عليه ، وإلا لن تتحمل ميزانيتها هذا العبء المالى المتزايد حينا بعد حين . على نحو مابينا على مدار البحث . وهذا على خلاف التعويض الذى لايعدوا أن يكون دفع مبلغ يحدده القاضى جملة واحدة تبعا لرؤيته لقدر ما اصاب ذو الشأن من ضرر نتيجة لعدم التنفيذ . وتلك مسألة كما دللنا يعيبها القصور فى حمل الإدارة على التنفيذ . إذ أنها بالتعويض وهو غالبا مايكون زهيدا تدفع ثمن عدم تنفيذ الحكم . وهذا أقصى مايحققه من أثر ، إذ أنه إذ أفلد

(١) MARION (A.): Du mouvais fondament de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y rémédier. R.P. 1988. No 46. P. 33.

المحكوم له نسبيا ، فإنه يضحى بمبدأ المشروعية ، لأن معناه أن الإدارة تحللت من الخضوع له بما دفعت . غير الغرامة التى خيارات الإدارة فيها محصورة بين اثنين : تنفيذ ودفع ، أم تنفيذ بلا دفع . هذا إلى أن المشرع فى قانون الغرامة قرر مسئولية الموظف الممتنع عن التنفيذ أيضا مسئولية غير متقيدة بقواعد الخطأ الشخصى المعروفة فى القانون الإدارى ، وليس أيضا أمام القاضى الإدارى الذى تعدد معاييره لثبوت تلك المسئولية أفضى إلى أن حكمه بتقريرها يعد من أبلغ الأمور صعوبة ، وإنما أمام محكمة التأديب الخاصة بالمخالفات المالية ومخالفات الميزانية العامة . ولعل مايؤكد فاعلية الغرامة على هذا النحو فى تحقيق آثارها المرجوة أن نسبة عدم تنفيذ الأحكام الإدارية أضحت قليلة جدا عن فترة ماقبل صدور هذا القانون (١) . وهو ذاته مايفسره على الجانب النظرى بأن عدد طلبات الغرامة التى تقدم بها المحكوم لهم إلى مجلس الدولة كانت أغلبها يحكم فيها بالرفض أو عدم القبول ، وذلك كان مرجعه رهبة الإدارة من الغرامة التى يقضى بها إلى أن تهرع الى تنفيذ الحكم قبل أن يفصل قاضى الغرامة فيها . وهذا يؤكد أن تهديدها فى ذاته يكفى ، وله مجرد التلويح بالحكم بها يؤتى أثرها (٢) .

ويضيف بعض الفقهاء إلى ذلك قولا : ... أن هذا لايرجع – يقصد قلة أحكام الغرامة – إلى مايبديه مجلس الدولة من حرص فى تطبيق نظام الغرامة، وإنما يعود إلى نجاح هذه النظام فى إحداث أثره ، بما ولده من رهب لدى الإدارة من الحكم عليها بغرامة تهديدية إذا لم تمتثل طائعة لأحكام القاضى الإدارى (٣) .

وعلى قدر أهمية تلك الآثار لقانون الغرامة إلا أنه كان عرضة لبعض الإنتقادات التى يمكن أن نوجزها فى ثلاثة :

---

(١) Rapport public du cinseil d'Etat 1999. E.D.C.E. No: 50 p. 149:159.

(٢) COSTA (J.P.): op. cit. P. 230.

LONG (E.) et DELVOLVE (P.).op. cit. P. 710.

(٣) VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.): op. cit. P. 385.

(١) السلطة التقديرية لقاضى الغرامة :

١٩٢ – يرى بعض الكاتبين أن قاضى الغرامة يتمتع بسلطة تقديرية متعددة المظاهر من ابرزها حريته فى الحكم أو عدم الحكم بالغرامة . بل إن اعتداده بمفهوم موسع للمصلحة العامة أو المصالح العليا أدى به إلى رفض الحكم بها فى حالات عديدة كانت تستوجب ضرورة خضوع الإدارة للتهديد المالى . هذا يعنى أن القاضى يضفى شرعية على عدم تنفيذ أحكام القضاء ، أو يجعل لسوء نية الإدارة مسوغا من القانون . بل إنه فضلا عن ذلك يعطى الإدارة مهلة من الوقت تتراوح من شهر إلى شهرين بعد اعلان الحكم بزعم منح الإدارة فرصة أخيرة لتنفيذ الحكم . وهذه المهلة لاتعنى سوى استمرار الإهمال وسوء نية الإدارة فى عدم التنفيذ ، والضغط على ذى الشأن أن ينتظر وقتا آخر لتنفيذ حكمه . والأوفق تحقيقا لمقتضيات العدالة أن يلزم القاضى الإدارة بالتنفيذ شبه الحال والمباشر للحكم (١) .

حقا أن قاضى الغرامة يتمتع بسلطة تقدير الحكم بالغرامة من عدمه . بل له أيضا الا يحكم بها حتى فى حالات عدم التنفيذ المشهود . ولكن هذا لايقلل من فاعلية القانون ، ولايكون مدعاة للقدح فى قدرته على ترتيب آثاره . وذلك لأن الغرامة ، اعتدادا بهدفها ، تحتاج إلى كثير من سلطة التقدير فى الحكم أو عدم الحكم بها . إنها وسيلة غايتها حمل الإدارة على تنفيذ الحكم ، ومتى تحقق هذا الأثر فلا يكون هناك حاجة إلى الحكم بها . بل فى بعض الحالات يكون لعدم التنفيذ من الأسباب ماتنتفى معه مبررات الغرامة . وحالئذ لايجد القاضى مناصا من رفض طلب الحكم بها . ولأن حالات عدم التنفيذ عديدة ، ولايمكن للمشرع أن يضمنها فى نصوص معدودة . أو يضع معايير دقيقة للتفرقة بين عدم التنفيذ المؤثم ، وغيره الذى ترتفع عنه درجة التأثيم ،كان لامندوحة عن أن يترك لقاضيها سلطة تقدير ذلك تبعا لكل حالة . وما أحاط بها من ظروف .

---

(١) DAHER (A.): la faillete de facto de la loi sur les astreintes administratives. R. Ad. 1992. No 269. P. 409.

إذن السلطة التقديرية للقاضى ليس مبعثها التحكم ، وإنما سببها العجز عن الإحاطة بما يقتضى من عدم التنفيذ حكم الغرامة ومالايستوجبه . ومن جهة أخرى أن القاضى العادى يتمتع بذات السلطة ، والمشرع ومنذ قانون ٥ يوليه ١٩٧٢ كأول قانون أدخل بمقتضاه نظام الغرامة التهديدية إلى نطاق القانون الخاص ، أعطى القاضى سلطة تقديرية واسعة ليحكم بما يراه لازما تبعا لمقتضيات الحال بها . ولم يقل أحد أن فى ذلك اضعافا للغرامة على تأدية دورها ، أو أنه يفتر من اثرها فى اجبار المدين بالتنفيذ على أن ينفذ الحكم الصادر فى مواجهته . وأخيرا أن السلطة التقديرية لقاضى الغرامة هى من دواعى نجاح هذا النظام ، ومن أسباب تفعيل دوره فى تحقيق أهدافه ، إذ أنه لايهدف الى ارهاب الإدارة أو ملاحقتها بالتهديد المالى ، وإنما جل هدفه تحقيق مقتضى المشروعية . فإذا كانت هذه الأخيرة فى جانب التنفيذ اقتضى الحال الحكم بها ، وإن كانت فى جانب عدم التنفيذ امتنع القاضى عن الحكم بالغرامة . ولأن المواد الإدارية اسرع فى تطورها من غيرها من مواد القانون الآخر ، وهذا سر غلبة عدم التقنين عليه فى نطاقها ، فإن الأمر يستلزم أن يترك الأمر لكل قاض ليقدر المسألة وفقا لما تستوجبه الظروف المعاصرة . وهذا مكمن المرونة فى التشريع ، ومظهر صلاحيته للتطبيق دون التقيد بزمن محدد ولا طريقة بعينها .

(٢) مدة تقديم طلب الغرامة :

١٩٣ - قيل إذا كان قانون الغرامة يمثل خطوة جديرة بالإعتبار ، بل إنه افضل تقدم حدث فى التشريعات المعاصرة منذ وقت طويل ، فى نطاق خضوع الحكومة للقانون ، إلا أنه يعيبه المدة التى تطلبها لتقديم طلب الغرامة إلى القاضى المختص . إذ لابد أن ينتظر ذو الشأن مضى ستة اشهر من اعلان الحكم المطلوب تنفيذه فى حالة أن يكون قاضى الغرامة هو مجلس الدولة ، وثلاثة أشهر حال أن يكون القاضى المختص هو المحاكم الإدارية العادية أو

الإستئنافية [١] .

وهذا النقد على قدر وجاهته يمكن الرد عليه بأن تحديد هذه المدة استهدف المشرع بها أن يعطى الإدارة فرصة لكى تتهيأ لتنفيذ الحكم ، وتأخذ عدتها لإجرائه ، خاصة وأن من الأحكام ما يحتاج إلى وقت معين لإعداد مستلزمات تنفيذه . فمثلا الأحكام المالية يعوزها أحيانا وقت لتوفير الإعتمادات المالية اللازمة لتنفيذها . وترك الفرصة للإدارة لتوفير تلك الإعتمادات ، ينطلق من فكرة لاتكليف بمستحيل ، إذ الإدارة حين تعجز مواردها عن استيفاء حاجاتها يكون من العبث اجبارها على التنفيذ المباشر للأحكام . والا تكون الغرامة عبئا ماليا جديدا وأداة عبث وطغيان .

وقد يقال أن القاضى العادى لايتقيد بمثل هذه المدة حال أن يمارس سلطته فى الحكم بالغرامة ، فلا يوجد فى تشريع الغرامة نص له ذات المعنى. وهذا القول يمكن الرد عليه بأن القاضى العادى لـه سلطة تقديرية واسعة يستعرض خلالها حالة المدين بالتنفيذ عسرا أو يسرا ، ولايقضى بالغرامة إلا بعد التثبت من قدرته المالية ، كما أن له إن كان معسرا أن ينتظره إلى ميسرة ، فإذا استيقن قدرته إما أن يطالبه بالتنفيذ أو يجبره عليه بالتهديد المالى . ولعل فى السلطة التقديرية للقاضى سعة للمتقاضى أكثر من النص المقيد بمدة معينة . وأخيرا أن مدةالأشهر الستة كان مرجع اختيارها الى أنها المدة الطبيعية لتنفيذ الأحكام الصادرة بإلغاء الرفض الضمنى للإدارة للتنفيذ . إذ أنها عبارة عن مدتين : مدة الأربعة الأشهر التى يفترض بعد مرورها دون رد من الإدارة أن هذا يعد قرارا ضمنيا بالرفض . ومدة الشهرين التى لابد خلالها أن يطعن بإلغاء قرار الرفض الضمنى أمام القاضى الإدارى .

ولقد علمنا حال طباعة البحث أن المشرع الفرنسى بصدد اصدار قانون لإصلاح العلاقة بين المواطن والإدارة يتضمن عدة ضمانات ونصوص

---

(١) LASCOMBL (M.) et autre : note sous C.E. 11 mars 1994. Soulat. J.C. p. 1994 –2 – 22334.

اجرائية معدلة لآخر سارية ، غايتها سهولة اجـــراءات التقــاضى ، وســرعة الفصل فى المنازعات . منها مايتعلق بشرط المدة فى قانون الغرامة على نحــو يقلل منها أو يلغيها تماما .

(٣) معدل الغرامـــــة :

١٩٤ - وقيل أيضا أن المعدل المالى للغرامة يعتبر قليـــلا نســبيا – (٢٠٠ إلى ١٠٠٠ فرنك يوميا) - على نحو لايمثل أداة ضغط ذى اثر فعــال لإجبار الإدارة على التنفيذ . هذا إلى أنه لايتناسب البتة مـــع خطــورة الآثــار المترتبة على عدم التنفيذ . كما أنه لايراعى قدر الضرر الذى يصيب المحكــوم له من جراء عدم التنفيذ [١] .

وهذا القول يمكن الرد عليه بأن معدل الغرامة مســألة لايرجــع فــى تحديدها إلى قانون الغرامة ، وإنما تركت لقاضى الغرامة ليقدر المعــدل الــذى يراه مناسبا أخذا بمعيارين : مقدار سوء نية الإدارة فى التنفيذ ، والقـــدر الــذى يحملها على تنفيذه تبعا لما لديها من موارد مالية . وهو ذات مايراعيه القــاضى العادى الذى له سلطة تقدير معدل مايحكم به من غرامة على المديــن بــالتنفيذ أيضا . هذا إلى أنه بترك تقدير هذا المعدل لقاضى الغرامة يكون المشرع قـــد فعل مايقتضى العدل والحكمة ، إذ الحال يتغير من واقعة لأخرى ، ومن جهـــة ادارية لغيرها . وتوحيد معدل الغرامة يمثل خللا بمـــيزان العــدل . اذ هنـــاك جهات لن يكون للمعدل الثابت أى أثر فى إجبارها على التنفيذ ، وجهات أخــرى يكون من الظلم تطبيقه فى مواجهتها لاعتبارات مالية وظرفية تحـــول منطقيــا دونه . إذن المعدل المتغير يمثل نوعا من تفريد العقاب المعروف فى القـــانون الجنائى ، وسلطة القاضى التقديرية بشأنه تتأسس على ذات الإعتبارات المنطقية التى راعها تشريع الغرامة بالنسبة للقاضى المختص بالحكم بها .

ولئن استند أنصــــار هذا الرأى لتأييـــده إلى أحكام قضائيـــة كان معدل

---

(١) MELLERAY (G.) et TERN (ph.): note sous C.E. 5 mai 1986. David. J.C.P. 1986. 2-20682.

الغرامة فيها يتراوح مابين القيم التى ذكرنا آنفا ، فقد فاتهم أن مجلس الدولة ذاته حكم فى بعض الأقضية بمعدلات بالغة الإرتفاع على نحو ماعرضنا فى نطاق البحث وصلت فى بعض الحالات إلى ١٦٠٠٠ فرنك يوميا .

أما القول بأن القاضى يغفل فى تقدير معدل الغرامة قدر الضرر الذى يلحق بالمحكوم له من عدم التنفيذ ، فذاك قول يغيب عن أنصاره معرفة حقيقة الغرامة التهديدية . إذ أنها وسيلة اجبار على التنفيذ ، وليست أداة تعويضية يقدر فيها المبلغ المحكوم به تبعا لما أصاب المحكوم له من ضرر . ولعل تشريع الغرامة كان أحرص على تأكيد ذلك فى مادته الثالثة حين نص على أن الغرامة التهديدية تستقل تماما عن التعويض . وتلك مسألة عرضنا لها تفصيلا فى نطاق البحث .

مدى الحاجة إلى تشريع الغرامة فى مصر :

١٩٥ - هل نحن فى حاجة إلى مثل قانون الغرامة التهديدية فى مصر؟ الإجابة بالإيجاب قطعا . إذ أن هذا التشريع لاموطن له ، فحيثما تماطل الإدارة فى التنفيذ فثم حاجة اليه . والظاهرة كما هى موجودة فى فرنسا معقل الديمقراطيات هى بذاتها فى بلادنا . ولعل هذا ما أفضى بالكثير ، ومنذ وقت طويل ، إلى المطالبة بعلاج ناجع لها ، بحثا عن سبل تكفل تنفيذا فعالا لأحكام القضاء خاصة الإدارى . وفى تبيان ذلك يقول البعض "... لقد شاعت ظاهرة عدم تنفيذ الأحكام القضائية خاصة تلك التى ضد الإدارة حتى أن تقرير مجلس الدولة فى عام نشأته الثالثه نادى فى مضمونه الى ضرورة تحقيق اصلاح خطير فى نظام القضاء الإدارى . فقد علت أصوات تنادى بوجوب كفالة التنفيذ للأحكام التى يصدرها هذا القضاء ، فإن بعضا من هذه الأحكام لاتنفذ ، أو تنفذ فى كثير من التراخى " (١) .

ومن جهة ثانية أن عصر الإنفتاح الإقتصادى الذى تعيشه البلاد لايمكن أن يؤتى جل ثماره دون انفتاح قانونى يطمئن فى ظله القاضى والمتقاضى بأن

---

(١) حمدى ياسين عكاشة : المرجع السابق .. ص : ٣٠١ .

الحكم الذى سيحصل عليه لابد أن يجد طريقه الى التنفيذ ، ولن يخضع الأمر فى شأنه إلى إرادة موظف أو ممانعة آخر . وأن مصدر الإلزام بذلك ليست مجرد وعود أو عهود وإنما هو القانون ذاته الذى يحمل أمضى الأسلحة التى يواجه بها القاضى مطل الإدارة وتسويفها [١] .

وتجد الحاجة الى تبنى هذا القانون أيضا مبررها فيما تنادى به القيادة السياسية من ضرورة تيسير اجراءات التقاضى وكفالة حق المتقاضين فى عدالة سريعة . وهذا بالقطع لايتوقف عند حد اختصار وقت الفصل فى الحكم أو الإقتصاد فى اجراءات التقاضى ، وإنما يتعداه إلى مرحلة مابعد صدور الحكم . فتلك المرحلة أهم مراحله على الإطلاق إذ فيها تتحقق الفائدة التى كان يرجوها المحكوم له على مدار مراحل الفصل فى دعواه ، وهى التى إما فيها يوقن بالقانون وعدله ، أو ييأس لإجحافه وظلمه . فكما أنه لاقيمة للقضاء بغير حكم عادل ، كذلك لافائدة من الحكم بغير تنفيذ سريع .

وأخيرا من اللحظة التى نوقن فيها أن أول مقومات الحق فى العدالة الإقتصاد فى الإجراء ، علينا أن ندرك بأن خير سبيل الى ذلك الإلتجاء إلى نظام الغرامة التهديدية. إذ به يتقادى القاضى بعد صدور حكمه تراكم دعوى على دعوى ، أو طعن على طعن أو الغاء على الغاء . إذ بامتناع الإدارة عن التنفيذ يطعن المحكوم له فى قرار رفضها الصريح أو الضمنى ، فإذا صدر حكم فى هذا الأخير تمانع فيه ، فيلجأ تارة أخرى إلى القضاء طعنا عليه ، وهكذا إلى مالانهاية . فيزداد انشغال القضاء ، وتتراكم الإجراءات وتتكدس الدعاوى، ويحمل القاضى أخيرا مالاينوء بحمله . نقول اذن بالغرامة يضع المشرع حدا لكل هذا ، فيأمن المتقاضى ، ويستريح القاضى لينطلق قوة خلاقة تذود عن الحق ، وتعيده إلى ذويه .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

---

(١) PHILIPPE (AX): Droit administratif général. Paris. Librairie de l'unvrisité d'Aix-en provence. 1996. 2e edition.p. 288.

الإختصـــــارات

أولا : الإختصارات العربية :

التقنين	تقنين المحاكـم الإدارية ومحاكـم الإستئناف الإدارية
الغرامة	الغرامة التهديدية
الغرامة الإدارية	الغرامة التهديدية فى المنازعات الإدارية
الغرامة المدنية	الغرامة المدنية فى المواد المدنية
قانون الغرامة	قانون١٦ يوليو ١٩٨٠ بشأن الغرامة التهديدية فـــى المنازعات الإدارية وتنفيذ الأحكام الإدارية
محكمة الإستئناف	محكمة الإستئناف الإدارية
المحاكم الإدارية	) المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية العادية والإستئنافية)

ثانيا : الإختصارات الفرنسية :

A.J	Actualite juridique – Droit administratif.
A.L.D	Actualite – legislative. Dalloz.
Bull. civ	Bulltin des arréts de la chambre civile de la cour de Cassation.
C.A.A	Cour administrative d'appel.
Cass. Civi	Chambre civile de cours de carsation.
C.C	Conseil constitutionnel.
C.E	Conseil d'Etat.
Concl:	Conclusions.
D.	Recueil Dalloz.
E.D.C.E	Etudes et documents du conseil d'Etat.
G.P.	Gazette du palais.

J.C.A	Juris – classeur Administratif.
J.C.Pr. Civ	Juris – classeur de procédure civile.
J.C.P.	Juris – classeur périodique.(la semaine juridique).
L.A.P.	Les petites Afliches .
R. Ad.	Reuve administrative.
R.D.P.	Reuve du droit public.
R.F.D.Ad.	Reuve française du droit administratif.
R.J.	Reuve justice.
R.P.	Reuve pouvoirs.
Rec. c.c.	Recueil des décisions du conseil constitutionnel.
T.A.	Tribunal administratif.
T.C.	Tribunal des conflits.

فهرســـت

المبحث الثانى

الشروط المتعلقة بعدم تنفيذ الحكم الإدارى



نظام حماية المنتجات الوطنية فى منظمة التجارة العالمية

أ.د. مصطفى سلامة حسين

استاذ القانون الدولي العام

عميد كلية حقوق الاسكندرية

==============

تعد مسألة الحماية التجارية من اهم المسائل التـــى اسـتقطبت ، ولا زالت تستقطب الاهتمام لدى محاولة تنظيم العلاقات الدولية التجارية . ويعـود الاهتمام بهذه المسألة الى ان لـــها وجـــهين مختلفيـــن متجـاورين ولكنـــهما متعارضان : فان الحماية بما تتضمنه من فرض لتدابير وقائية تسمح للـــدول التى تتبعها من العمل على وقاية صناعتها المحلية او ســـلعها مـــن منافســـة الواردات لدى احداث الأخيرة لاضرار جسيمة للصناعة او السلعة المحليـــة ، تعرقل وتقيد من انسياب التجارة الدولية (١) . فالحماية والحريـــة للمعـــاملات الدولية التجارية دائما فى صراع. وقد لوحظ انه فى ظل جات ٤٧ ، وبرغـــم ما اوردته هذه الاتفاقية لتنظيم مسألة الحماية التجارية ، فإن أنماطـــاً متعـــددة من الحماية تم فرضها ، وقيدت من حرية التجارة الدولية (٢) .

وبرغم أن الهدف الرئيسى والمحورى لاتفاقية مراكش حرية التجـــارة الدولية ، باسقاط أية عوائق او قيود او حواجز تعرقل من انسياب السلع ومـــا من حكمها من خدمات وحقوق ملكية فكرية ، وبرغم الاتجاه المتشـــــدد مـــن واضعى هذه الاتفاقية بملاحقها المختلفة من اجل القضـــاء علـــى كـــل مـــن الاستثناءات القائمة لدى سريانها ، والاوضاع السائدة التى تذرعت الدول بـــها للخروج على حرية التجارة الدولية من اجل الخروج علـــى حريـــة التجـــارة الدولية من اجل الخروج على حرية التجارة الدولية بفرض انماط متعددة مـــن اوجه الحماية ، فإن واضعى الاتفاقية المذكورة لم يغفلوا حقيقة وجود حـــالات تتطلب فرض الحماية . لذا تم إبرام اتفاق سمى باتفاق الحماية او الوقاية

ان هذا الاتفاق قد حاول الى حد كبير مراعاة مصالح التجارة الدولية والدول التى قد تتعرض لاوضاع تتطلب فرض الحماية .

ويمكن التعرض لمعالم هذا الاتفاق من خلال دراسة الخصائص العامة لقواعد الجات من هذا الشأن ، ومن ثم بحث المسائل المتعلقة بكل من شروط سريان هذه القواعد ، ومضمون التدابير المسموح بها فى هذا الشأن ، وضمان احترامها .

أولا – الخصائص العامة للقواعد

تتعدد الخصائص العامة لقواعد جات ٩٤ المتعلقة بمسألة الحماية التجارية والتى يمكن رصدها فيما يلى :

١- الاتيان بقواعد جديدة فى إطار اتفاق متكامل المعالم :

فلم يعد الامر يقتصر على مجرد المادة التاسعة عشرة التى تم النص عليها فى اطار جات ٤٧ . ويلاحظ فى هذا الشأن أن اتفاق ٩٤ يتضمن مسائل متعددة بداية من تحديد نطاق فرض الحماية وشروط تحققها مروراً بمضمون التدابير الواجب اتباعها انتهاء باجراءات ضمان احترامها . وهكذا نصت المادة الاولى من اتفاق الحماية على ان يضع هذا الاتفاق القواعد من اجل تطبيق تدابير الوقاية التى تقيد بها تلك التدابير المنصوص عليها من المادة التاسعة عشرة من اتفاقية جات ١٩٩٤ .

٢- إنهاء تدابير الحماية القائمة :

فلدى التوقيع على جات ٩٤ ، كانت هناك تدابير متعددة قد فرضتها عدة دول فى اطار سعيها لحماية صناعاتها المحلية . حقيقة استندت هذه التدابير الى كل من نص المادة التاسعة عشرة من جات ٤٧ ، والاتجاه العام المتسامح من اطراف هذا الاتفاق ، واجهزته من التعامل مع السياسات

الحمائية للدول . غير انه باقرار اتفاق الحماية الملحق باتفاقية مراكش وبالتدابير المتعددة من اجل ضمان تكريس ، ومن ثم احترام هدف حرية التجارة الدولية ، اصبح من المنطقى والضرورى دخول مرحلة جديدة من العلاقات الدولية التجارية التى يتم فى اطارها ازالة الحماية القائمة ، فلا غرو ، والحال كذلك ان تجئ المادة العاشرة من اتفاق الحماية لتنص على ان " على الاعضاء ايقاف العمل بجميع تدابير الوقاية المتخذة عملا بالمادة التاسعة عشر من جات ١٩٤٧ والقائمة عند نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية وذلك بعض مضى ما لا يقل عن ثمانية سنوات على بدء تطبيقها او خمس سنوات على نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية ، ايهما اقرب .

٣- إنهاء الاتفاقات الثنائية للحماية : "المناطق الرمادية":

وهذا الحكم جاء ليكمل من الانهاء السابق بيانه لتدابير الحماية القائمة. فلقد لوحظ ابرام اتفاقات ثنائية بين دول مستوردة ، واخرى مصدرة تلتزم بمقتضاها الدول الاخيرة بالحد من بعض صادراتها تجاه الدول المستوردة بالنسبة لعدد متفق عليه من السلع ، ولمدة مؤقتة ومحددة . إن هذه الاتفاقات فوق عددها الذى ناهز المائة والسبع والسبعين شكلت بلا شك تقييداً لحرية التجارة الدولية بالنسبة لطبيعتها التمييزية . دول تجاه دول معينة ، مما افضى فى النهاية الى اقامة حماية لصالح المنتجين غير الجادين بالمنافسة ، والحقت اضراراً بالمستهلكين . ان كل هذه الآثار تتعارض مع مقتضيات نظام اقتصاد السوق . فتنص الفقرة ٤ من المادة ١١ من اتفاق الحماية على انه لا يجوز فرض " الاجراءات التى تتخذ بموجب اتفاقات وترتيبات وتفاهمات بين عضوين او اكثر " .

٤- التحديد الدقيق لكل المسائل المتعلقة بنظام الحماية :

فلم يعد الامر مطلقا ، حيث ان كل مسألة تم اقرارها من اتفاق

الحماية تضمنت وصفاً ، وتحديداً ، بياناً لكل من المعايير ، والوسائل ، والجوانب الموضوعية والشكلية معاً . إضافة الى بيان ما يمكن ان يعرض من صعوبات فى هذا الشأن ، ان ذلك يعد مراجعة وتنقيح فنى وتوضيح للقواعد التى كانت سارية فى ظل جات ٤٧ .

٥- التوازن بين المصالح المتعارضة :

تثير الحماية التجارية بداهة التعارض بين السعى للحافظ على مصالح الدولة التى تفرض الحماية ، وضرورة رفع وعدم فرض أية قيود على حركة المعاملات الدولية التجارية . ان هذا التعارض كان ماثلاً امام واضعى اتفاق ٩٤ للحماية . لذا تم العمل على ايجاد نوع من التوازن بين مصالح الدول المستوردة من ناحية ، ومصالح الدول المستوردة من ناحية اخرى . ويتمثل هذا التوازن فى منح الطرفين - كما سنرى - مجموعة من الحقوق التى تقابلها التزامات تشكل معاً توازناً مطلوباً فى هذا النطاق . إن التوازن المنشود غايته العمل على تحقيق ما ورد فى ديباجة اتفاق الوقاية . متمثلاً فى الهدف الشامل لتحسين تدعيم نظام التجارة الدولية من خلال التكيف الهيكلى وبالحاجة الى زيادة التنافس فى الاسواق الدولية بدلا من الحد منه .

٦- الربط الفعال بين القواعد واحترامها :

فلم يتم الاكتفاء ببيان نطاق وشروط ومضمون الحماية المقررة ، بل اقترن ذلك بوضع نظام محدد للرقابة لكفالة احترام قواعد الحماية التى جاء بها اتفاق ٩٤ . إن اهمية هذا الربط ، ضمان احترام القواعد ، وانتظام سير العلاقات الدولية ، وعدم تركها لاية ترتيبات انفرادية او ثنائية خارجة عن نطاق الفحص ، الضبط ، والرقابة . بل وصل الحال الى عدم الاقتصار على تلك الواردة فى اتفاق الحماية ، وحيث هناك الامكانية المتاحة لسريان التدابير

المنصوص عليها فى كل من اتفاقية مراكش لانشاء نقطة التجارة العالمية ، وتفاهم آولية حل المنازعات .

ثانيا - الشروط

ينبغى للسماح للدول بتطبيق تدابير الحماية توافر شروط موضوعية تتعلق بالفعل المفضى لفرض الحماية ، وبالاثر المترتب على وجود هذا الفعل وبالعلاقة بينهما . هذا الى جانب ضرورة توافر شروط شكلية وهى :

١- الشروط الموضوعية

أ) وجود فعل معين :

أحسن واضعو اتفاق الحماية لعام ١٩٩٤ صنعاً بأن حددوا بشكل دقيق الاوضاع التى تسمح للدول بفرض تدابير الحماية . وهكذا ، لم يعد يقتصر الامر على ما ورد فى المادة التاسعة عشرة من جات ٤٧ ، والتى اوردت ان الافعال محل الاعتداد هى تلك الناتجة عن فكرة عدم انتظام او اضطراب السوق Desorganisation du marche. إن هذه الفكرة كانت تسمح بالتوسع فى إيراد الافعال المفضية لفرض الحماية الشاملة . لذا كان يقيد بالافعال التالية :

١- الزيادة الكبيرة فى واردات منتج معين لدولة او عدة دول او التهديد بحدث ذلك .

٢- الاستيراد بسعر اقل من سعر البيع لذات المنتج المحلى المماثل . لقد حدد اتفاق ٩٤ الفعل المعتد به فى هذا الشأن وفقاً فقط لمعيار الكمية ، وتم استبعاد معيار السعر . لذا ، فإنه ، ووفقا لنص المادة ١/٢ من اتفاق الوقاية "لا يجوز للعضو ان يطبق تدبيراً من تدابير الوقاية على منتج ما الا اذا وجد هذا العضو .. ان هذا المنتج يستورد الى اراضيه بكميات متزايدة سواء بشكل مطلق نسبى مقارنة بالانتاج المحلى .

ب) الاثر المترتب على الفعل - الضرر :

لا يكفى تزايد الكميات المستوردة على النحو المتقدم دكره ، بل لابد من ان يفض ذلك إما الحاق ضرر كبير او التهديد بالحاقه للصناعة المحلية التى تنتج منتجات مشابهة او منافسة لها بشكل مباشر . وقد تم تحديد المقصود بالضرر على نحو اكثر دقة من ذلك الذى اوردته اتفاقية ٤٧ .

١- من ناحية يعتد بالضرر الخطير عندما يحدث اضعاف كلى كبير وليس جزئيا او صغيرا لمركز صناعة محلية ما .

٢- ومن ناحية اخرى ، فإنه سواء حدث الضرر الخطير او كان وشيك الوقوع ، فلا بد لدى الادعاء بوجوده ان يستند الى وقائع وليس الى مجرد الادعاء او التكهن او الاحتمال بعيد الحدوث .

٣- ثم انه قد تم التوسع فى نطاق الضرر حيث لابد من العناية بجميع العوامل ذات الصلة المتسمة بالطابع الموضوعى والقابل للقياس مما يكون له تأثير على مركز تلك الصناعة . فالاعتداد بمعدل الزيادة فى الواردات وحجمها يقترن بالعناية بمسائل مستوى المبيعات ، والانتاج ، والانتاجية واستغلال الطاقات والارباح والخسائر والعمالة .

٤- واخيراً فإنه ليس هناك من اهمية لمصدر الاستيراد إذ أن تدابير الحماية تطبق على المنتج المستورد بصرف النظر عن مصدره .

جـ) العلاقة بين الفعل والضرر : ضرورة توافر علاقة السببية :

حيث لابد من أن يكون الفعل المعتد به من زيادة الكميات المستوردة مفضيا بصفة مباشرة ، وغير منبت الصلة باحداث الضرر الخطير او التهديد بوقوعه للصناعة المحلية . وترتيبا على ذلك ، فإن وجود عوامل اجنبية تسبب هذا الضرر لا تؤدى الى فرض تدابير الوقاية ..الخ. كارتفاع اسعار الخامات المحلية او اجور العمال او فرض رسوم الوقاية .. الخ.

فكل ما لا يعزى بصفة مباشرة الى زيادة الواردات ، لا اثر له البتة على الوضع القائم - والتى تتمتع بمقتضاه المنتجات المستوردة بحرية النفاذ

للاسواق المحلية .

٢- الشروط الشكلية

يجمع بين الشروط الشكلية فكرة محورية مؤداها انه لا يمكن لنظــــام الحماية ان يسرى الا باقتضاء اوضاع تحقق الجدية والشفافية لسريان تدابـــير الوقاية . لذا تم النص على الشروط الآتية :

أ) إجراء تحقيق :

وهو شرط يتم انجازه بقيام السلطات المختصة لـــدى الدولـــة التـــى ترغب فى فرض الحماية . ويلزم لاتمام التحقيق مراعاة ما ورد من المــــادة العاشرة من جات ٩٤ . ولدى مباشرة التحقيق ، فانه يجب توافر العلانية مــن خلال عقد جلسات استماع يتاح فيها لكل الاطراف المعنية مـــن مســتوردين ومصدرين تقديم وجهات نظرهم .

ب) الابلاغ :

فبدء التحقيق ومراحله المختلفة يتحتم ان يحاط علماً بـــها الاطـــراف المعنية . ان الابلاغ او الاخطار يعد من وسائل الرقابة التى تمكن كل طــوف معنى بمتابعة الخطوات المتعلقة بمسألة الحماية ، وتتيح بالتالى اتخاذ المواقف التى يقدرها . انطلاقا واستنادا لما ورد من نصوص سواء فى اطـــار اتفـــاق الجات او اتفاق الوقاية .

جـ) إصدار تقرير بنتائج التحقيق :

رغبة من واضعى اتفاق الحماية لحسم المواقف ، وتلافى الجمـــود ، واتخاذ اللازم نحو تحديد مدى جدية الادعاء بوجود ضـــرر خطـير يلحــق بالصناعة المحلية لاحدى الدول اطراف الجات ، تطلبت الفقرة الاولـــى مــن

المادة الثالثة من اتفاق الوقاية وجوب اصدار السلطات المختصة التى تجرى التحقيق تقريرا تعرض فيه النتائج التى توصلت اليها بشأن جميع الامور ذات الصلة بالحماية قانونيا وعمليا .

ويلاحظ انه لا بد ان يشمل هذا التقرير ما تم تحريه اضافة الى عرض العلاقة بين العوامل التى يتم تناولها اثناء التحقيق (المادة ٢/٤/ج من اتفاق الوقاية) .

وغنى عن البيان ان الاجراءات الشكلية السابق بيانها لا بد ان تبحث فى مدى توافر الشروط الموضوعية على النحو الذى تم توضيحه .

ثالثا – مضمون تدابير الحماية (الوقاية)

بتوافر الشروط الموضوعية والشكلية التى تقتضى فرض الحماية ، تصبح الدولة المعنية فى وضع يسمح لها بتطبيق تدبير الوقاية التى اجاز توقيعها اتفاق الحماية لعام ١٩٩٤ . وتتعدد تدابير الحماية ، والتى تتمحور حول الاتجاه نحو التأثير بطريقة مباشرة او غير مباشرة فى الكميات والاسعار .

ويأتى فى مقدمة هذه التدابير كلاً من الاجراءات السعرية ، والاجراءات الكمية ويقصد بالتدابير السعرية تلك التى يتم بمقتضاها استخدام التعريفات والرسوم الاضافية للتأثير على الاسعار وبالتالى التأثير فى حجم الواردات والصادرات . اما التدابير الكمية فهى تلك التى يتم اتخاذها للتأثير فى حجم التجارة وكمياتها بطريقة مباشرة (الحصص) .

وخلافا لجات ٤٧ ، لم يأت اتفاق ٩٤ بتحديد لنوعية تدابير الوقاية الواجب اتخاذها لدى توافر شروط سريانها . ولعل ذلك يفسر ، بأنه فى مقابل الاتجاه المتشدد من واضعى هذا الاتفاق الاخير نحو تقييد حالات الالتجاء للحماية ، فانهم فى مقابل ذلك منحوا الدول المعنية حرية اختيار التدابير المناسبة لمواجهة حالات الضرر الخطير الناتج عن الاستيراد بكميات

متزايدة لمنتج مماثل لمنتجات محلية منافسة لها . على انه من الملاحظ وجود اشارات متعددة للتدابير كالقيود الكمية (المادة ١/٥) ، وتوزيع الحصص (المادة ١/٥) ، وزيادة التعريفات (المادة ٦) .

وأياً كان مضمون التدابير الواردة فى اتفاق ٩٤ ، او المحتمل فرضها فان هناك تفرقة واضحة بين نوعين من التدابير : التدابير العادية والاخرى المؤقتة .

١- التدابير العادية :

وهى تلك التى يتم اتخاذها عند توافر الشروط الموضوعية والشكلية التى تقتضى فرض الحماية . وللدول المعنية كما اسلفنا حرية اختيار التدبير المناسب . على انه لا بد من مراعاة توافر الاوضاع التالية :

أ) عند اختيار التدبير ، فانه لا بد ان يكون تطبيقه بالحد الضرورى لمنع الضرر الخطير او لمعالجة ولتيسير التكيف .

ب) لدى استخدام قيد كمى ، فانه ينبغى الا يؤدى فرض مثل هذا التدبير الى خفض كميات الواردات عن مستواها فى فترة قريبة . ويتم قياس ذلك على اساس معدل آخر ثلاث سنوات تمثل الواقع ويتوافر عنها احصاءات .

ج) لدى استخدام نظام توزيع الحصص بين الدول الموردة ، فانه يجوز للدولة التى تطبق هذا التدبير الاتفاق بشأن توزيع هذه الحصص مع جميع الاعضاء الآخرين التى لها مصلحة جوهرية فى توريد المنتج المعنى .

٢- التدابير المؤقتة :

وهى تلك التى يمكن تطبيقها فى الظروف الاستثنائية او الحرجة . ويتطلب فرض التدابير المؤقتة تحقيق شرطين :

أ) توافر دليل واضح ناتج عن بحث اولى بحدوث ضرر كبير او التهديد بحدوثه نتيجة زيادة الواردات . ويتضح من مقارنة التدبير العادى بالتدبير المؤقت انه بينما يقتصر تطبيق النوع الاول على حالات الضرر الخطير ، فان النوع الآخر يسرى فقط على الضرر الكبير . فمعيار التفرقة واضح . التدبير العادى يستند الى معيار نوعى ، اما التدبير المؤقت ، فانه يستند الى معيار كمى .

ب) سريان هذه التدابير لمدة ٢٠٠ يوم فقط . فاذا تحقق الشرطان السابقان ، فان للدولة المعنية محل الضرر المذكور ان تبادر الى فرض زيادة تعريفية.

رابعا – الضمانات

لا جدوى من اى اتفاق يتم ابرامه لتنظيم اية مسألة ما لم يجئ مقترنا بضمانات فعالة تكفل احترام اهدافه ، وفى الحدود التى تم اقرارها. ان نظرة عامة على اتفاق الوقاية تبين ان فرض الحماية لا يعد مطلقا اذ ان الشروع فى هذه العملية يجئ مقيدا بشروط متعددة تم بيانها . إن هذه الشروط تدور فى فلك الهدف العام لاتفاقية مراكش بملاحقها المتعددة ، والمتمثلة فى وجوب الاحترام العام والكامل لهدف حرية التجارة الدولية . ترتيبا على ذلك اورد اتفاق الوقاية مجموعة من الضمانات تكفل احترام الهدف المذكور ، وتجعل الخروج عليه فى اطار محدد ، لا تتعداه .

وتنقسم هذه الضمانات الى نوعين : ضمانات موضوعية ، واخرى شكلية .

١- الضمانات الموضوعية :

وهى متعددة ، ومتناثرة فى ارجاء اتفاق الوقاية لعام ٩٤ وتتمثل فى القيام بأفعال معينة او الامتناع عنها . ويمكن من خلال قراءة متأنية

لنصوص هذا الاتفاق استخلاص المبادئ التالية :

أ) مبدأ التناسب بين الضرر وتدبير الحماية :

وهذا المبدأ يمثل ضمانة اساسية لتحقيق العدالة . وبتحقق التناسب المذكور من خلال :

١- عدم تطبيق التدبير الوقائى الا الى الحد الضرورى لمنع الضرر الخطير او لمعالجة ولتيسير التكيف (المادة ١/٥ من اتفاق الوقاية) .

٢- عدم تطبيق التدبير الوقائى الا للفترة الزمنية التى تعتبر ضرورية لمنع الحاق الضرر الخطير او لمعالجته ولتيسير ، التكيف الهيكلى (المادة ١/٧ من اتفاق الوقاية) .

وإمعاناً من واضعى الاتفاق فى ضبط واحكام مدة سريان تدابير الوقاية تم تحديد مواعيد محددة لمدة سريانها .

من ناحية هناك قيد مرتبط بالتدابير الوقتية . فلا يجوز ان تتجاوز مدة التدبير المؤقت ٢٠٠ يوم (المادة ٦ السادسة) .

ومن ناحية اخرى ، فإنه بالنسبة للتدابير بوجه عام لا يجوز ان تزيد فترة سريانها عن اربع سنوات (المادة ١/٧) . فإذا ما تم تحديدها لاكثر من ذلك طبقا للمادة ٢/٧ ، فإنه لا يجوز ان تتجاوز مدة اى تدبير وقائى بما فيها فترة تطبيق التدبير المؤقت وفترة التطبيق الاولى وأى تمديد لها عن ثمانى سنوات (المادة ٣/٧) .

وأخيراً ، فإنه يجب على الدولة العضو التى تطبق احد التدابير الوقائية ان تعيد النظر فيه اذا تجاوز ذلك مدة الثلاث سنوات من منتصف مدة التدبير . ويتعين عليها فى هذه الحالة ان تسحبه او تزيد من سرعة التحرير عند الاقتضاء (المادة ٤/٧) .

ب) مبدأ الاعتداد بمصالح الدول الأخرى فى الحماية :

ما من مرة تم منح حقوق للدول الراغبة فى فرض الحماية ، ولدى توافر شروط انطباقها الا وتم تقييد ذلك بمراعاة مصالح الدول الاخرى .

ويمكن ملاحظة ذلك من خلال الاعتداد بمصالح الاطراف الاخرى فى نطاق المسائل الآتية :

أ- عند فرض التدابير المؤقتة ، اذا اثبت نتيجة التحقيق ان زيادة الواردات لم تفض الى إلحاق او حدوث الحاق ضرر بالصناعة المحلية ، فإنه يجب اعادة الزيادات التعريفية الى دافعيها (المادة ٦ من اتفاق الوقاية) .

ب- لدى قيام الدولة التى تفرض تدبيرا وقائية او تقوم بتحديده ، فان عليها ان تحافظ بينها وبين الدول الاعضاء المصدرة التى تتأثر بالتدبير ، على مستوى من التنازلات والالتزامات الاخرى مكافئا للمستوى القائم بموجب اتفاق جات ١٩٩٤ . ويمكن انجاز هذا الهدف عن طريق التعويض التجارى للآثار السلبية التى يخلفها التدبير على تجارة الدول المصدرة (المادة ١/٨).

ج – للدول المصدرة المتضررة الحرية ، لدى الاخفاق فى التوصل الى اتفاق مع الدولة المستوردة التى تفرض تدبير الحماية ، ان تقوم بايقاف تطبيق التنازلات والالتزامات الاخرى المناسبة بموجب اتفاق جات ٩٤ ، وذلك وفقا لمواعيد حددتها المادة ٢/٨ من اتفاق الوقاية .

د – اذا قامت الدولة المستوردة باعتماد نظام توزيع الحصص بين الدول الموردة ، فان على الدولة المذكورة الاتفاق مع هذه الدول بشأن توزيع الحصص ، والا فانه يجب ان يتم التوزيع على اساس نسبة ما وردته هذه الدول من مجموع كمية او قيمة الواردات من المنتج خلال فترة مماثلة سابقة.

جـ) مبدأ مراعاة الطبيعة الاقتصادية لمسألة الحماية :

برغم ان تنظيم مسألة الحماية قد تم من خلال نصوص قانونية تتوافر لها مقومات القواعد القانونية ، فإن واضعى اتفاق الحماية لم يغفلوا الطبيعة الاقتصادية للمسألة محل التنظيم : الحماية . وهكذا يلاحظ :

١- **ضرورة حفاظ السلطات المختصة لدى قيامها بالتحقيق على سرية** المعلومات التى تكون سرية بطبيعتها او التى تقدم اليها على اساس انها سرية بعد ايضاح الاسباب ، ولا يجوز الكشف عن هذه المعلومات دون اذن من الطرف الذى يقدمها . ويكتفى بتقديم ملخصات غير سرية عنها . وتكفلت المادة ٣/٢ من اتفاق الحماية ببيان هذه المسألة .

٢- **مراعاة اوضاع الدول النامية** ويتمثل ذلك فى امرين : فمن ناحية لا تطبق تدابير الوقاية على اى منتج يكون منشؤه دولة نامية عضو فى منظمة التجارة العالمية اذا كانت حصته من الواردات من المنتج المعنى فى الدول المستوردة لا تتجاوز ٣% بالمئة ، بشرط الا تبلغ نسبة الواردات عن ٣% اكثر من ٩ بالمئة من جملة الواردات من المنتج المقصود .

ومن ناحية اخرى : فإن للدول النامية الحق فى تمديد فترة سريان تدابير الوقاية لمدة تصل الى عامين اضافة للمدة العامة اى ثمانية سنوات . يضاف الى ذلك حق الدول النامية فى اعادة تطبيق تدبير ضمانات على استيراد منتج سابق وفقا لشروط تطلبها المادة ٩/٢ من اتفاق الحماية .

٢- الضمانات الشكلية :

وتجئ مقترنة بالضمانات الموضوعية السابق بيانها ، ولتؤكد تمسك الدول بالنظام المتفق عليه بشأن الحماية . ويمكن استخلاص وجود نوعين من الضمانات الشكلية : النوع الاول إنفرادى ويتمحور حول الالتزام ببعض المبادئ اما النوع الآخر فهو ذات صفة جماعية يتم من خلال جهاز نصت على إنشائه اتفاقية الوقاية .

أ) الضمانات الانفرادية :

وهى اما بقصد احترام مبدأ الشفافية او مبدأ حسن النية .

– **مبدأ الشفافية** : ويتحقق من خلال اخطار الاطراف المعنية بكل الخطوات والتدابير المتعلقة بنظام الوقاية . فعلى الدولة التى تتجه نحو فرض تدبير وقائى اخطار ابلاغ الاطراف المعنية بالشروع فى التحقيق (المادة ١/٣) ونتيجته (المادة ٢/٤/م) وكذلك اللجنة بشكل تفصيلى (المادة ١/١٢).

يضاف الى ذلك وجوب اخطار الدول الاعضاء واللجنة المراقبة بالقوانين والتعليمات والانظمة الادارية المتصلة بتدابير الوقاية (المادة ٦/١٢) وجميع القوانين والانظمة والتدابير المرتبطة باتفاق الحماية (المادة١٢/٨) ويلحق بذلك التدابير غير الحكومية (٩/١٢) .

– **مبدأ حسن النية** : ويأخذ طريقه للسريان بقيام العضو الراغب فى تطبيق تدبير وقائى او تمديد العمل به باجراء مشاورات مسبقة مع الدول الاعضاء المعنية من اجل التوصل الى تفاهم بهذا الشأن (المادة ٣/١٢) هذا الى جانب اخطار مجلس التجارة والسلع بنتائج هذه المشاورات .

ب) الضمانات الجماعية :

وهى تتحقق من خلال تأسيس لجنة للرقابة يطلق عليها لجنة الوقاية وتتبع مجلس التجارة فى السلع .

وتباشر هذه اللجنة المهام التالية :

١- الرقابة العامة على مدى تنفيذ اتفاق الوقاية وتقديم توصيات بتقرير مستوى للمجلس المذكور .

٢- الرقابة الخاصة فيما يتعلق بمدى الالتزام بشروط تطبيق التدابير الوقائية.

٣- تسلم الاخطارات الواردة فى الدول الاعضاء .

٤- رقابة مدى التصفية المرحلية للتدابير السابق فرضها قبل جات ٩٤ .

٥- فحص مدى ملاءمة ايقاف التنازلات التى قد تقدم عليها دولة تم فرض تدبير وقائى فى مواجهتها .

وغنى عن البيان انه بجانب هذه الضمانات الخاصة ، والواردة فـــى اتفاق الوقاية (الحماية) ، هناك ضمانات تستمد من كل من اتفاقيـــة مراكـش لانشاء منظمة التجارة العالمية ، والتفاهم الخاص بتسوية المنازعات فيما بيــن الدول الاعضاء .

واذا كان نظام الحماية الذى اتى به اتفاق الجات لعام ١٩٩٤ ، وعلـى النحو السابق بيانه يتم لغايات تجارية محضة ، فإن هناك تدابير حماية يســمح بها وفقا لذات الاتفاق اى الجات لحماية النظام العام بمعناه الواســع اى فيمـا يتعلق بكل من الاخلاق العامة والصحة من خلال المادة رقم ٢٠ من الجات ، او لمراعاة اعتبارات الامن القومى طبقا للمادة ٢١ من ذات الاتفاق (١) .

---

(١) انظر :

Carreau, Floy, Juillard, Droit international économique, L.G.D.J. Paris, 1990, P. 136

(٢) انظر فى ذلك :

Journal of World Trade Law.

(١) نص المادة ٢٠ من الجات المتعلقة بحماية النص العام ، والمادة ٢١ بشـــأن الامــن القومى .

Art.20. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

(a) necessary to protect public morals;

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

© relating to the importation or exportation of gold or silver;

(d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article 17, The protection of patents, trade marks and copyrights, and the

prevention of deceptive practices;

(e) relating to the products of prison labout;

(f) Imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;

(g) Relating to the conservation of exhaustible natural resources in such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

(h) Undertaken in puissance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the Organisation and not disapproved by it or which is itself so submitted and not so disapproved;

(i) Involving restrictions on exports of domestic materials necessary to assure essential qualities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;

(j) Essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures which are inconsistent with the other provisions of this Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist. The Organization shall review the need for this subparagraph not later than 30 June 1960.

Security Exceptions

Art 21. Nothing in this Agreement shall be construed

(a) To require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests;

or

(b) To prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests.

(I) Relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;

(II) Relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;

(III) Taken in time of war or other emergency in international relations;

or

© To prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.



الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا

في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا
في قانون التجارة الجديد

دكتور

جلال وفاء محمدين

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

مقدمــــة

١ـ أهمية التنظيم القانوني لنقل التكنولوجيا :

تعتمـد الـدول الناميـة فـي تطويـر صناعاتهـا الوطنيـة علـى التكنولوجيا المستوردة من الدول الصناعية ، لدرجة أنه قد يصعب القيـام بتنفيذ خطـط التنمية دون تدفق للتكنولوجيا مـن الخـارج كـأحد ركـائز النهوض بالمشروعات التي تتضمنهـا تلـك الخطـط (١). ومـن هنـا تبرز أهمية وجود تشريعات لتنظيم عمليات نقل التكنولوجيا وتحديد الإطـار القانوني لها بهدف التأكد من حصـول الـدول - وبـالذات الناميـة منهـا - علـى التكنولوجيـا وفقاً لحاجاتهـا الفعليـة ولضمـان حمايـة المشـروعات الوطنيـة مـن استغلال المشروعات الدوليـة المالكـة لأحـدث المعـارف التكنولوجية (٢)، وبصفة خاصة فيما يتعلق من الحد من الشروط التعسفية

---

(١) في نفس المعنى راجع : **الدكتـور محسـن شـفيق** ، نقـل التكنولوجيـا مـن الناحيـة القانونيـة (مركـز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني ، كلية الحقـوق - جامعـة القـاهرة ١٩٨٤) وبصفـة خاصة في ص ص ٣ - ٥ ؛ وبصفة عامـة : **الدكتـور مـاجد عبدالحميـد عمـار** ، عقـد الـترخيص الصناعي وأهميته للدول النامية - (رسالة دكتوراة - كلية الحقـوق - جامعـة القـاهرة بـدون سـنة النشر) ؛ **الدكتورة نصيرة بو جمعه سعدي** ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي (رسـالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية ١٩٨٧). وفي الفقه الأجنبي :

Peter Takirambudde, Technology Transfer and International law (1980).

وبصفة خاصة في ص ص ١٤٦ - ١٤٧.

Russel B. Sunshine, legal Aspects of the Transfer of Technology (1977).

وبصفة خاصة في ص ص ٢٣١ - ٢٣٢.

WIPO, The Economic Importance of Industrial Property - Document E no. WIPO/LIC/MCT/98/1 (April 1998).

(٢) **الدكتور حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا (دراسة نقدية) ١٩٨٨ ، وبصفة خاصة في ص ص ٢ - ٣ ؛ وفي أمثلة لهذه التشريعات

أو الشـروط التقييديـة *restrictive clauses* التـي يدرجهـا عـادة مـوردو التكنولوجيا في عقود نقل التكنولوجيا مع المشروعات المتلقية فـي الـدول الناميـة (٣). ومـن أمثلـة تلـك الشـروط : منـع المشـروع المسـتورد مـن تطوير التكنولوجيا محل عقد نقل التكنولوجيـا ، بمـا فـي ذلـك منعـه مـن القيام بأي نشاط بحثي لتطوير المعارف الفنيـة. ومـن ذلـك أيضـاً شـرط استئثار مورد التكنولوجيا بتقديم كل احتياجـات المشـروع المسـتورد مـن الآلات أو مكونات الانتاج أو غيرها ، حتى ولو كـانت تلـك الاحتياجـات متاحة محلياً عن طريق مشروعات أخرى وطنية. ومن الشروط المقيـدة أيضاً ذلك الشرط الـذي يحـد مـن حريـة مسـتورد التكنولوجيـا فـي القيـام

Charles J. Conroy, Technology Transfer to China: Legal and= Practical Considerations, 21 Stanford Journal of International Law pp 549 - 567 (1985).

وبصفة خاصة في ص ص ٥٥٢ - ٥٥٨. وفي التنظيم التشريعي لقوانين نقل التكنولوجيا في بعض دول أمريكا اللاتينية المعروفة باسم مجموعة الأنديان والتي تشمل كل من : بوليفيا ، بيرو ، الايكوادور ، كولومبيا ، فنزويلا ، راجع مقالة :

Dale B. Furnish, Foreign Investment and Transfer of Technology Laws and Regulations in the Andean Common Market Countries (Published in Legal Aspects of Doing Business in Latin America (1980).

(٣) راجع : **الدكتورة سميحة القليوبي** ، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة ، العدد ٤٠٦ ، ص ص ٩٧ - ١١٧ (١٩٨٦) ؛

Heinz Bardehle, Negotiation Terms and Conditions of Technology Transfer Arrangements, Paper Presented in the Seminar on Intellectual Property Licensing and Dispute Resolution held in Cairo, March 9 and 10, 1998 under the auspices of the World Intellectual Property Organization (WIPO) and the Cairo Regional Centre for International Arbitration (1998).

بالانتاج وذلك بوضع حد أدنى لحجم الانتاج أو التدخل في تحديد ثمن المنتج أو ما شابه ذلك (٤).

وتتأكد ضرورة الحرص على وجود تشريعات لنقل التكنولوجيا بالنظر إلى اختلال التوازن في العلاقة التعاقدية بين موردي ومستوردي التكنولوجيا. فبينما يكون للشركات الدولية متعددة الجنسيات اليد العليا عند التعاقد لتمتعها باحتكار السوق العالمي للتكنولوجيا في قطاعاته المختلفة ، تكون المشروعات المستوردة في الدول النامية في مركز تفاوضي ضعيف لحاجاتها الماسة إلى الحصول على التكنولوجيا ، مما يعطي الفرصة للمشروعات الدولية لفرض شروطها ، وبما يجرد مرحلة التفاوض – في أحيان كثيرة – من أي قيمة حيث تسلم عادة المشروعات المستوردة بكل شروط نماذج العقود التي عادة ما تصاغ بلغة أجنبية ، ويقتصر دور المستورد على مجرد التوقيع على نموذج العقد (٥).

(٤) في شرح هذه الشروط المقيدة وغيرها ، راجع : **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٢٦ – ٣٤ ؛ **الدكتور محمد حسام محمود لطفي** ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا ، وثيقة الوايبو رقم **WIPO-GIIL/IP/DUB/98/11** (١٩٩٨). وبصفة خاصة في ص ص ٢٧ – ٣٢.

(٥) راجع في أهمية مرحلة المفاوضات لعقود نقل التكنولوجيا : **الدكتورة سميحة القليوبي** ، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ، بحث مقدم في ندوة التراخيص في الملكية الفكرية وتسوية المنازعات ، تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، المنعقدة في القاهرة في الفترة من ٩ – ١٠ مارس ١٩٩٨. وترى الأستاذة الدكتورة سميحة القليوبي "ان تدريب فريق التفاوض من الأمور الهامة لاكتساب خبرات تقوي المراكز المتبادلة أثناء مرحلة التفاوض وتحيطهم علماً مما يجري عليه العمل سواء من ناحية مناورات التفاوض أو الطرق التي يلجأ لها عادة المنوط بهم مهمة التفاوض. وهذه التدريبات لها أكبر الأثر ليس فقط في مرحلة التفاوض بل وعلى امتداد فترة ابرام العقد وحتى الانتهاء من تنفيذه". كما تذكر سيادتها أن من مقومات المفاوض الناجح قدرته على تحديد رغباته، ومعرفة شخصية نظيره. كما تؤكد على ضرورة اشتراك–

٢ـ الجهود على المستوى الدولي :

أ ـ جهود الأمم المتحدة :

جرت محاولات عديدة على المستوى الدولي لرسم الأطر القانونية لنقل التكنولوجيا. ولعل أهم هذه الجهود تلك التي انبرت لها الأمم المتحدة منذ عام ١٩٧٥ عندما قررت الجمعية العامة لها إحالة موضوع نقل التكنولوجيا إلى مؤتمر التجارة والتنمية "الانكتاد" *UNCTAD* التابع لها ، وهو عبارة عن منظمة تعنى بمصالح الدول النامية حيث تم إنشاء لجنة لوضع تقنين موحد لسلوك نقل التكنولوجيا *Uniform Code of Conduct for the Transfer of Technology*(٦). وبالفعل عرض مشروع هذا التقنين في مؤتمر نيروبي المنعقد في عام ١٩٧٦ في كينيا واعتمده المؤتمرون ليصبح "مشروع مؤتمر التجارة والتنمية" (٧). وبسبب الاختلاف بين الدول المتقدمة والدول النامية حول

= القانوني الماهر مع المتخصصين أثناء هذه المرحلة واختيار رئيس فريق التفاوض من بين الشخصيات التي تتمتع بقوة الشخصية والقدرة على الاقناع واتخاذ القرار ، راجع البحث المذكور في ص ٦ ، ص ٨ ، ص ٩.

(٦) راجع تقرير الأمم المتحدة :

Major Issues Arising from the Transfer of Technology to Developing Countries, UNCTAD, TD/B/AC.11/10/ Rev. 2 (1975).

(٧) **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٨ – ٩ ؛ **الدكتور محمد حسام لطفي** ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ، ص ٦. ومن الجدير بالذكر أن الأمم المتحدة قد استأنفت جهودها بعد ذلك . في عام ١٩٧٨ في مؤتمر دولي انعقد في جنيف بسويسرا ، ولم يتحقق في هذا المؤتمر أي تقدم ملموس. كما عقدت عدة مؤتمرات لاحقة في عام ١٩٨٠ و ١٩٨١ ولم يتحقق خلالها إلا تقدم ضئيل للغاية. ومن الجهود الدولية الهامة أيضاً جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالاشتراك مع UNIDO وذلك بإصدار دليل إرشادات لمفاوضات واتفاقات التراخيص للدول النامية ، وكما سنشير لاحقاً ، راجع : =

نقاط كثيرة في هذا التقنين من أهمها مدى إلزاميته ، فإنه لم يتم إلى اليوم إقراره على المستوى الدولي. فبينما كانت الدول النامية ترى ضرورة إفراغ قواعد تقنين السلوك في اتفاقية دولية ملزمة ، كانت الدول المتقدمة ترى أن تكون هذه القواعد مجرد إرشادات يمكن للأطراف الأخذ بها أو تركها دون أي مسئولية عليهم في هذا الخصوص (٨). وبصفة خاصة كانت الدول النامية ترى أن التكنولوجيا يجب أن تكون ملكاً للإنسانية وليس احتكاراً لأحد ، ويمكن لأي شخص الحصول عليها نظير مقابل عادل ، بينما ترى الدول المتقدمة أن التكنولوجيا حق من حقوق الملكية وإن أمكن الترخيص بها بشروط تعاقدية مجزية (٩).

ب ـ جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية :

كما قامت المنظمة العالمية الفكرية "الويبو" ***WIPO*** بجهد كبير وبإسهام واضح في موضوع نقل التكنولوجيا ، إذ أصدرت في عام ١٩٧٨ دليلاً للنواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية واتفاقات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات البلدان

John H. Barton, Robert B. Dellenabach and Paul Kuruk, Toward a= Theory of Technology Licensing, 25 Stanford Journal of International Law (1988 - 1989) pp. 195 - 229.

وبصفة خاصة في ص ص ٢١٢ - ٢١٣.

(٨) راجع بصفة خاصة : **الدكتور يوسف عبدالهادي خليل الاكيابي** ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص (١٩٨٩) ، في ص ١٥ ؛ **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١١.

(٩) في دور التكنولوجيا كأداة للتنمية الاقتصادية ، أنظر :

Dr. Bart Verspagen, The Role of the Intellectual Property System in the Transfer of Technology, Paper Presented at the WIPO Arab Regional Symposium on the Economic Importance of Intellectual Property Rights, (Muscat February 22 to 24, 1999) at pp. 2 - 3.

النامية[١٠]. ويشتمل هذا الدليل على ثلاثة أبواب : الباب الأول ، عبارة عن مقدمة تضم مسائل أولية مثل العقبات التي تواجهها البلدان النامية في الحصول على التكنولوجيا ، وسبل نقل التكنولوجيا إلى البلدان النامية، وأهمية الترخيص في مجالي حقوق الملكية الصناعية وتقديم الدراية العملية ، والترتيبات القانونية لنقل التكنولوجيا. أما الباب الثاني، فهو بعنوان عملية التفاوض ويشتمل على بيانات عامة ، واختيار مورد التكنولوجيا المحتمل والمستفيد المحتمل منها ، وإعداد عرض أو طلب توريد التكنولوجيا ، والمشتركين والوسطاء في المفاوضات ، والتفاوض حول شروط وأحكام معاملات نقل التكنولوجيا ، وتحديد التراخيص أو

---

(١٠) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية (المنظمة العالمية للملكية الفكرية - ويبو - منشورات ويبو رقم (A) 620 - جنيف ١٩٧٨).

ولقد كانت جولة أورجواي التي استمرت من عام ١٩٨٦ إلى عام ١٩٩٣ والتي تم التوقيع فيها على مجموعة من الاتفاقيات التي تستهدف تحرير التجارة وذلك في مدينة مراكش بالمغرب من أهم ملامح هذا القرن. فلقد تمخضت هذه الجولة عن إنشاء منظمة التجارة العالمية World Trade Organization (WTO) ، واتفقت كل من الدول الصناعية والدول النامية على تناول حقوق الملكية الفكرية من منظور تجاري خالص ، ولذا تم التوقيع على اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية والمعروفة باسم (تريبس). و لم تلغ اتفاقية تريبس الاتفاقيات الدولية القائمة في شأن الملكية الفكرية والملكية الصناعية ، بل هي تكملها وتعززها. ولمّا كان تطبيق اتفاقية تريبس مع استمرار بقاء ونفاذ الاتفاقيات الدولية الكبرى في مجال الملكية الصناعية والملكية الفكرية يقتضي وجود نوع من التنسيق والتعاون بين منظمة التجارة العالمية WTO باعتبارها الهيئة التي تشرف على اتفاقية تريبس ، وبين المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO باعتبارها الهيئة التي تسهر على تطبيق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال الملكية الفكرية ، فلقد انعقد اتفاق بين هاتين المنظمتين في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٩٥ ، على أن يبدأ العمل به اعتباراً من الأول من يناير عام ١٩٩٦ ، ويقضي هذا الاتفاق بإيجاد نوع من التعاون بين هاتين المنظمتين فيما يتعلق بتطبيق اتفاقية تريبس وغيرها من الاتفاقيات الدولية الأخرى. راجع :

Agreement between the World Intellectual Property Organization and the World Trade Organization (1995), Geneva WIPO Publications 1997.

الاتفاقيات المطلوب إبرامها ، وإعداد المستندات القانونية اللازمة. أما الباب الثالث ، فهو بعنوان ملاحظات تفسيرية وأمثلة ومن أهم ما يشتمل عليه هذا الباب : نطاق الترخيص أو الاتفاق ، والأوجه الخاصة بالبراءات ، وأوجه التقدم التكنولوجي ، والدراية العملية والمعلومات التقنية والخدمات والمساعدات التقنية ، والتسويق ، والتعويض (المكافآة - السعر - الأجر - العوائد ***Royalities***) ، عدم الوفاء بالالتزامات ، وحل الخلافات ، والقانون الواجب التطبيق.

٣- الجهود على المستوى الوطني :

قامت بعض الدول بإصدار تشريعات وطنية لتنظيم انتقال التكنولوجيا. ولقد كانت الدول النامية هي أكثر الدول تحمساً لإصدار مثل تلك التشريعات ومثال ذلك : الهند ، البرازيل ، المكسيك ، الفلبين ، بيرو وغيرها [11]. والحقيقة إن تلك الدول لم تجد بداً من إصدار

(١١) ويطلق البعض على تشريعات الدول النامية في مجال نقل التكنولوجيا مصطلح "التشريعات الدفاعية Defensive Legislations "على أساس أن الهدف الأساسي لتلك التشريعات هو الحفاظ على مصالح تلك الدول في مواجهة الشركات الدولية.

أنظر:

C. Wolcott Parker II, Licensing to Developing Countries (in Current Trends in Domestic and International Licensing 1977) pp. 403 - 427.

وبصفة خاصة في ص ص ٤١٠ - ٤١١. ويضرب مؤلف هذه المقالة مثالاً بتشريع البرازيل الذي أوجب في عام ١٩٦٢ ضرورة تسجيل عقود نقل التكنولوجيا في البنك المركزي وإنشاء المعهد الوطني للملكية الصناعية في عام ١٩٧٠ للإشراف على تلك العقود وإعطاءه سلطة الموافقة عليها أو رفضها ، وكذلك تشريعات Ancom في عام ١٩٧٠ والتي تبنتها كل من بوليفيا وشيلي وكولومبيا والاكوادور وبيرو وفنزويلا ، كما صدر في الأرجنتين قانون في عام ١٩٧١ لتنظيم التراخيص ونقل التكنولوجيا ، وفي المكسيك صدرت عدة قوانين كان من أهمها قانون نقل -

تشريعات داخلية لتنظيم نقل التكنولوجيا وذلك بسبب الفراغ التشريعي على المستوى الدولي وافتقاد وجود اتفاقية دولية في هذا الخصوص. ومما شجع الدول النامية على المبادرة بإصدار تشريعات داخلية أن التقنين الموحد للسلوك لم يضع قيوداً على حرية الدول عند سن تشريعاتها الوطنية بشأن نقل التكنولوجيا ، إذ أن الهدف الرئيسي للتقنين هو وضع إرشادات تهتدي بها الدول عند سن تشريعاتها الوطنية ، وبما لا يخل بحق أي دولة في أن تضع من القوانين ما يناسب ظروفها الاقتصادية والاجتماعية ويساعد على تنفيذ سياساتها الاقتصادية.

وفي مصر ، كان موضوع نقل التكنولوجيا محط اهتمام الفقه ، حيث ظهرت كتابات قيمة تعالج الموضوع في جوانبه المختلفة (١٢). وكان لهذه الكتابات فضل تنبيه الجهات المختصة إلى حجم المشكلات

=التكنولوجيا لعام ١٩٧٣. راجع ص ص ٤١٢ - ٤١٦ من ذات المقالة. كما حدثت تعديلات كثيرة على هذه القوانين من أمثلتها تلك التي أدخلت على التشريع الأرجنتيني :

Damian F. Beccar Varela, Argentina Reserves Trend and Offers Protection for the Supplier of Technology (in Current Legal Aspects of Doing Business in Latin America, editor Stanley Stairs, ABA 1981). pp 65 - 70.

(١٢) راجع : **الدكتور حسام محمد عيسى** ، نقل التكنولوجيا : دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية (دار المستقبل العربي ١٩٨٧) ؛ **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ؛ **الدكتور ماجد عبدالحميد عمار** ، عقد الترخيص الصناعي وأهميته للدول النامية - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة (بدون سنة النشر)؛ **الدكتور سعيد يحيى** ، تنظيم المعرفة التقنية بين مشروع التقنين الدولي ومشروع القانون المصري (منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٦) ؛ الدكتور يوسف عبدالهادي خليل الاكيابي ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ١٩٨٩ ؛ **الدكتور محمود الكيلاني،** جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة ١٩٨٨.

والصعوبات التي تواجه المشروعات المصرية المستوردة للتكنولوجيا. فقامت أكاديمية البحث العلمي في الثمانينات بوضع "مشروع قانون تنظيم نقل التكنولوجيا". وكان هذا المشروع يتألف من سبعة فصول تضم سبع عشرة مادة. الفصل الأول: أحكام تمهيدية ، الفصل الثاني : تسجيل العقود ، الفصل الثالث : الضمانات ، الفصل الرابع : تسوية المنازعات والقانون الواجب التطبيق ، الفصل الخامس : الاختصاصات ، الفصل السادس : الجزاءات ، والفصل السابع : أحكام ختامية. ولقد كان هذا المشروع محلاً لدراسات وتحليل فقهي على أمل من قيام المشرع المصري بالأخذ به [١٣]. على أن وزارة العدل المصرية كانت قد انتهت في عام ١٩٩٧ من إعداد مشروع قانون التجارة المصري والذي ضمنته نصوصاً خاصة بنقل التكنولوجيا [١٤]. وأخيراً ، صدر قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ضاماً لفصل خاص بعنوان نقل التكنولوجيا وذلك في المواد من ٧٢ إلى ٨٧ [١٥].

خطة الدراسة :

وفيما يلي نعرض للتنظيم القانوني لنقل التكنولوجيا كما جاء في نصوص قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، مقارناً بالتقنين الدولي للسلوك والدليل الذي أعدته المنظمة العالمية للملكية الفكرية.

---

(١٣) راجع بصفة خاصة الدراسة الهامة للدكتور **حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا – دراسة نقدية (١٩٨٨).

(١٤) في التعليق على نصوص مشروع قانون التجارة الخاصة بنقل التكنولوجيا ، راجع : **الدكتور محمد حسام محمود لطفي** ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٨ – ٢١

(١٥) الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ (مكرر) ، ١٧ أبريل ١٩٩٩.

وسوف نحاول إبراز عدد من المسائل الجوهرية في عقود نقل التكنولوجيا وبصفة خاصة : التفاوض ، انعقاد العقد ، نطاق نقل التكنولوجيا ، التزامات الأطراف والشروط التقييدية .

تقسيم :

المطلب الأول : التفاوض على نقل التكنولوجيا.

المطلب الثاني : إبرام عقد نقل التكنولوجيا.

المطلب الثالث : الالتزامات المتبادلة في عقد نقل التكنولوجيا.

المطلب الرابع : الشروط التقييدية.

المطلب الأول

التفاوض على نقل التكنولوجيا

أولاً - أساسيات المفاوضات :

عقد نقل التكنولوجيا - كغيره من العقود - تسبقه عادة مفاوضات بين طرفيه المورد والمستورد للتكنولوجيا. ولمَّا كان هذا العقد له صبغة دولية ، في أغلب الأحوال ، فإن مفاوضاته تكون دقيقة ومتشعبة وأحيانا شاقة ومعقدة ، إذ تناقش خلال تلك المفاوضات تفاصيل كثيرة يتعاون في دراستها أهل الخبرة الفنية إلى جانب رجال القانون. وقد تستغرق فترة التفاوض ، لإعداد المستندات الفنية والقانونية التي تعكس مفهوم الأطراف لشروط التعاقد، وقتاً طويلاً (١٦). وفي الغالب لا تقل مدة المفاوضات عن ستة أشهر وقد تصل هذه المدة إلى عامين وربما إلى ثلاثة أعوام في بعض الأحوال (١٧). وعادة ما يقوم المشروع المورد للتكنولوجيا بالإعداد الأولي للمستندات القانونية اللازمة ، باعتباره صاحب الخبرة والأقدر على عرض شروطه لانتقال التكنولوجيا؛ ومع ذلك ، فإنه ينصح باشتراك الفنيين والقانونيين عن المستورد خلال المراحل الأولى للمفاوضات مما يدعم موقفه التفاوضي إذا ما شارك هؤلاء بنشاط أكبر في صياغة شروط العقد بالفعل (١٨).

---

(١٦) في معنى قريب : الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٦١ وما بعدها ؛ دليل التراخيص المعَد لصالح البلدان النامية ، من إصدارات المنظمة العالمية الفكرية (الويبو) ، المرجع المشار إليه سابقاً ، فقرة ١٠٠ ، ص ٤٠.

(١٧) دليل التراخيص المُعَد لصالح البلدان النامية ، سابق الإشارة إليه ، فقرة (١٠٠) ، ص ٤٠

(١٨) دليل التراخيص المُعَد لصالح البلدان النامية ، السابق الإشارة إليه ، فقرة (١٠٩) ، ص ٤١.

وتجرى المفاوضات حول المسائل الجوهرية للعقد مثل تحديد مضمون التكنولوجيا التي يحتاجها المستورد وما قد يستلزمه ذلك من إبرام عقود مجاورة مثل شراء معدات أو آلات أو أجهزة أو مواد أولية ، وكذلك تحديد ثمن أو جُعل التكنولوجيا ***Royalities*** ، والتزامات كل من الطرفين ، والضمانات ، وتسوية الخلافات بين الطرفين أثناء سريان العقد[١٩]. ومما يزيد في تعقيد المفاوضات اختلاف لغة التخاطب بين الطرفين ، وبما قد يضاعف شقة الخلاف بينهما حول بعض المفاهيم والمصطلحات والشروط الجوهرية للعقد نفسه.

ولقد تكلم التقنين الموحد للسلوك عن مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا ، وأورد مجموعة من المباديء التي ينبغي على الأطراف اتباعها ومن ذلك مبدأ حسن النية أو ما يطلق عليه باللغة الإنجليزية ***The principle of good faith***. ومن ذلك أن المشروع المورد للتكنولوجيا - الذي عادة ما يكون من الدول الصناعية - عليه أن يراعي أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية في دولة المستورد ، والتي تكون في الأغلب إحدى الدول النامية. كما أنه يتعين على كل طرف ، في مرحلة التفاوض ، أن يراعي مصالح الطرف الآخر ولا

---

(١٩) ومع ذلك فقد يواجه فريق التفاوض من الدول النامية "بأن الطرف مالك أو حائز التكنولوجيا قد حدد نقاط خارج التفاوض وهي عادة العناصر الرئيسية للتكنولوجيا محل العقد ، تاركاً باقي الموضوعات غير المؤثرة فنياً للتفاوض ، كما هو الشأن عند بحث موضوع إمداد المورد لطالب التكنولوجيا بقطع الغيار أو الصيانة أو وسائل النقل والتركيب والتأمين دون المساس بعناصر التكنولوجيا الرئيسية وسر تركيبها وقيمتها. ولا شك أن هذا الأسلوب منتشر في سوق التكنولوجيا حيث ينبع من قوة مركز مانح التكنولوجيا الاحتكاري في السوق العالمي". أنظر **الدكتورة سميحة القليوبي** ، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ٨.

يبخسه حقوقه[٢٠]. فمثلاً على المورد الإقبال على المفاوضات بروح التعاون من أجل إبرام العقد بشروط معتدلة وبصفة خاصة فيما يتعلق بالثمن المدفوع للتكنولوجيا ، واستخدام الموارد المحلية للمستورد واستخدام العاملين المدربين محلياً ، وكذلك تدريب العاملين المحليين لاستيعاب التكنولوجيا الجديدة [٢١]. كما أنه يتعين على مورد التكنولوجيا أن يكشف للمستورد عن الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال ، وعليه أن يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار[٢٢]. ومن ثمَّ فلا يكفي أن تكون التكنولوجيا المراد نقلها جديدة أو ذات قيمة في حد ذاتها ، بل يجب على المورد الإفصاح للمستورد بأمانة عن المخاطر البيئية والصحية لهذه التكنولوجيا وبصفة خاصة في قطاع تكنولوجيا الكيماويات والأدوية وغيرها. وعلاوة على ذلك ، يلتزم المورد بالكشف للمستورد عن الدعاوى القضائية وغيرها من العقبات التي قد تعوق الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع [٢٣] ، ومثال ذلك أنه يتعين على المورد أن يصرح عن ما إذا كانت هناك منازعة قضائية بشأن صحة براءة الاختراع الحاصل عليها والتي تغطي التكنولوجيا المنقولة وكذلك التصريح عن مدة البراءة وما إذا كانت ستنقضي بعد

---

(٢٠) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٦.

(٢١) في نفس المعنى . الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية المرجع السابق، ص ص ٣٦ - ٣٧.

(٢٢) المرجع السابق ، ص ٣٧

(٢٣) المرجع السابق ، ص ٣٧

فترة زمنية أقصر من مدة عقد نقل التكنولوجيا ذاته• كما يلتزم المورد بأن يصرح عن أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا ، ومن ذلك التصريح بالقيود الخاصة بشروط التصدير وحجمه والرسوم والضرائب المفروضة عند التصدير•

ثانياً ـ الحفاظ على السرية في المفاوضات :

السرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا لها وجهان• فهي تعني من ناحية أولى سرية المفاوضات والمناقشات التي تجرى بين الطرفين من حيث شروط إبرام الصفقة وغيرها من التفصيلات الأخرى• كما تعني السرية من ناحية أخرى سرية التكنولوجيا موضوع العقد ، وهو أمر على درجة كبيرة من الأهمية• ذلك أن التكنولوجيا التي يجري التفاوض بشأنها قد تكون في شكل معرفة فنية ***Know-How*** أي تكنولوجيا غير مغطاة ببراءة اختراع• وسرية الابتكار قد تكون في المنتج ذاته ***The Product*** أو في الآلة ***Machine*** أو في الجهاز ***Apparatus*** أو في طريقة التركيب أو طريقة التصنيع ***Process*** [٢٤]•

ويتنازع المفاوضات بين المورد والمستورد اتجاهان متعارضان• فبينما يحاول المورد المحافظة على سرية التكنولوجيا التي يمتلكها إلى أقصى الدرجات وإلا تسربت وأصبحت مشاعاً فيفقد السيطرة على استغلالها بأسلوب استئثاري ، يحاول المستورد في نفس الوقت

---

(٢٤) **الدكتور جلال وفاء محمدين** ، "فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها" (دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية ١٩٩٥) ، ص ص ٢٤ – ٣٣ ؛ وفي تعريف المعرفة الفنية ، راجع : **الدكتور حسام محمد عيسى** ، نقل التكنولوجيا ، دراسة في الآليات . . . مرجع المشار إليه سابقاً، ص ١٣٠.

الإطلاع والتعرف على الجوانب المختلفة لتلك التكنولوجيا حتى يتأكد من جدواها له والاطمئنان إلى أن المقابل أو الثمن المدفوع يُعد ثمناً عادلاً لما سيحصل عليه• ومن هنا ينشب الصراع في مرحلة التفاوض : فالمورد يميل إلى المحافظة على السرية إلى أقصى الدرجات ، بينما يسعى المستورد إلى كشف تلك السرية (٢٥).

ويحاول كل طرف الاحتياط لنفسه خشية فشل المفاوضات• ومن المألوف في العمل أن يحصل المورد من المستورد على تعهد بعدم إفشاء الأسرار التكنولوجية ***Agreement of Secrecy*** التي يتم الحصول عليها أو التعرف عليها أثناء المفاوضات (٢٦)• وعادة ما يقوم المستورد بالتوقيع على هذا التعهد ضمن الأوراق التي يرسلها المورد في المراحل التمهيدية للمفاوضات ، إذ أن امتناع المستورد عن توقيع التعهد المذكور يمكن أن يؤدي إلى وأد المفاوضات قبل أن تبدأ• ويترتب على ذلك التعهد التزام المستورد وخبرائه ، سواء التابعين له مباشرة أم أولئك الخبراء الأجانب الذين تتم الاستعانة بهم لفحص التكنولوجيا ، بعدم الإفشاء• ويكون المستورد مسئولاً عن التعويض في حالة عدم الالتزام بالمحافظة على السرية (٢٧).

---

(٢٥) **الدكتورة سميحة القليوبي** ، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ١١ .

(٢٦) **الدكتورة سميحة القليوبي** ، البحث السابق ، ص ١٣ ؛ الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٦٢ – ٦٣.

(٢٧) وفي هذا الخصوص تنص المادة ١/٨٣ من قانون التجارة على أن "**يلتزم المستورد بالمحافظة على** سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها ، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء **هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على** =

وتصر بعض الشركات الكبرى - إمعاناً في الحفاظ على السرية - على إجراء مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا في مكاتبها وفي حضور عدد محدود جداً من خبراء كل من الطرفين حتى لا يحدث تسرب للمعلومات الفنية (٢٨). ذلك أن ترغيب المستورد في التكنولوجيا وبيان جدواها له قد يتطلب عرض بعض الرسومات أو إجراء بعض التجارب أو عرض نماذج معينة ، ومن ثمَّ ترفض الشركات الكبرى إجراء المفاوضات في مكان آخر غير مكاتبها وتحت إشرافها وحراستها خوفاً من تعرضها للسطو على أسرارها كأحد صور الجاسوسية الصناعية ***Industrial Espionage*** . كما تجري عادة الشركات المالكة للتكنولوجيا على عدم الإفصاح عن جميع الأسرار التكنولوجية ، وبحيث لا يتم إفشاء إلا القدر الضروري جداً لتعريف المستورد على جدوى التكنولوجيا له ، وبحيث تكون المعلومات المصرح بها خلال المفاوضات غير كافية بذاتها لإدراك كافة الأسرار التكنولوجية أو لاستغلال المعارف محل المفاوضات (٢٩).

وقد يطلب مالك التكنولوجيا من المستورد تقديم كفالة مالية كخطاب ضمان مثلاً أو القيام بإيداع مبلغ لدى أحد البنوك كضمانة ،

=**إبرام العقد أو بعد ذلك"**. وهذا يعني أن الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات أو بعد إبرام العقد أصبح يجد أساسه في القانون نفسه. كما يلاحظ أن الالتزام بالسرية هو التزام متبادل بين طرفي العقد ، إذ تنص المادة ٢/٨٣ من ذات القانون على أنه **"وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شرط في العقد ، ويسأل المورد عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية"**.

(٢٨) **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٦٣.

(٢٩) في معنى قريب ، المرجع السابق ، ص ٦٣.

وذلك للتأكد من عدم الإخلال بشرط المحافظة على السرية ، وبحيث يجوز للمورد القيام بتسييل خطاب الضمان مثلاً إذا فشلت المفاوضات وأخل المستورد بالتزامه بالسرية وعدم الإفشاء (٣٠). أما إذا نجحت المفاوضات وتم إبرام العقد ، فعادة ما تعتبر الكفالة المالية جزءاً من الثمن الذي يدفع في مقابل التكنولوجيا. وإذا كان المورد يحتاط لنفسه بتطلب الكفالة المالية ضماناً لعدم إفشاء جوانب التكنولوجيا التي تنمو إلى علم المستورد أثناء المفاوضات ، فإن على المستورد كذلك أن يتحوط لنفسه فيتوخى الحذر بأخذ التدابير الكفيلة لاسترداد قيمة الكفالة المقدمة منه إذا ما فشلت المفاوضات - دون إخلال بالسرية - بأن ينص في التعهد المقدم منه بالإلتزام بعدم الإفشاء على كيفية وميعاد استرداد تلك الكفالة(٣١).

---

(٣٠) وهذه الوسيلة من وسائل الضمان غالباً ما يلجأ إليها الطرفان في أول تعامل لهما نظراً لعدم رسوخ الثقة بينهما. **الدكتورة سميحة القليوبي** ، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ١٥.

(٣١) **الدكتورة سميحة القليوبي** ، البحث السابق ، ص ١٥ ؛ **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٦٤.

المطلب الثاني

إبرام عقد نقل التكنولوجيا

أولاً - تحرير العقد :

يعتبر إبرام عقود نقل التكنولوجيا من أشق الأمور على القانونيين بالنظر إلى الاعتبارات الفنية والهندسية والمحاسبية التي تكتنف موضوع العقد. ولذا فإن الاستعانة برجال الخبرة الفنية إلى جانب رجال القانون أمر لا محيص عنه لنجاح صياغة مثل تلك العقود. وإضافة إلى التعقيدات الفنية التي تواجه رجل القانون ، فإن اللغة التي يتم بها تحرير العقد تُعد مشكلة أخرى دقيقة. فالأغلب أن تكون عقود نقل التكنولوجيا بين طرفين مختلفي الجنسية. كما يجري العمل الدولي على تحرير تلك العقود باللغة الإنجليزية حتى ولو كان العقد مبرم بين طرفين ليست لغتهما الأولى الإنجليزية. فمثلاً عقد نقل تكنولوجيا بين شركة مصرية وشركة ألمانية عادة ما يكون مكتوباً باللغة الإنجليزية ، مع احتمال وجود ترجمة له بلغات الأطراف. على أنه ليس هناك ما يمنع من قيام الطرفين بتحرير العقد بعدة لغات ، على أن تكون هناك لغة معتمدة عند الاختلاف حول مدلول الألفاظ والمصطلحات.

وعادة ما يتبع في صياغة العقود الدولية لنقل التكنولوجيا الأسلوب الأنجلوسكسوني في الصياغة ، إذ يتضمن العقد ديباجة مطولة ***Preamble*** توضح أهداف العقد والرغبة المشتركة بين أطرافه في التعاون والإشارة إلى ملكية المورد للتكنولوجيا المراد نقلها إلى المستورد والتأكيد على ما يعوله الأطراف على ضرورة الاحتفاظ بسرية

المعلومات المتبادلة بينهما وغيرها من الأمور[٣٢]. ثم يتبع ذلك فصل بقائمة للتعريفات ***Definitions*** بالإصطلاحات الرئيسية التي تتكرر في العقد والتي يعول الأطراف على إعطائها مدلول معين في عقدهم[٣٣]. ثم يسرد العقد الالتزامات المتبادلة بين الطرفين وموضوع العقد والأداءات المختلفة والقانون الذي يحكم العقد وطرق تسوية المنازعات بين الطرفين عند نشوب الخلاف بينهما[٣٤]. ومن المألوف جداً أن تكون عقود نقل التكنولوجيا مصحوبة بملاحق عديدة. وتتنوع هذه الملاحق: فتكون هناك ملاحق للتصميمات الهندسية ، وملاحق وثائقية ، وملاحق محاسبية وغيرها. وعادة لا يغفل الأطراف النص في العقد على اعتبار هذه الملاحق جزءاً لا يتجزأ من العقد نفسه ، وهذا أمر على درجة قصوى من الأهمية.

ولقد نصت المادة ١/٧٤ من قانون التجارة المصري على أنه "**يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوباً وإلا كان باطلاً**". والحقيقة أن كتابة عقود نقل التكنولوجيا تكاد تكون من الأمور المسلم بها حتى دون النص عليها. ذلك أن هذه العقود عادة ما تمتد إلى فترة طويلة من الزمن ، فيحتاج الأطراف إلى أداة لإفراغ حقوقهم والتزاماتهم حتى يمكن الاحتجاج بها عند نشوب الخلاف ، وبصفة خاصة أن هؤلاء الأطراف ما يكونون من جنسيات مختلفة ، فكانت الكتابة وسيلة جوهرية للاثبات. صحيح أن عقود نقل التكنولوجيا من العقود التجارية التي كان من المفروض أن يكون جائز اثباتها بكافة طرق الاثبات ، لكن هذا لا يمنع

---

(٣٢) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص ٤٨ - ٤٩.

(٣٣) المرجع السابق ص ص ٤٨ - ٤٩.

(٣٤) المرجع السابق ، ص ص ٥٠ - ٥١.

أن كتابة العقد تسهل هذا الاثبات إلى أبعد الحدود. على أنه طبقاً للمادة ٧٤ من قانون التجارة ، فإن الكتابة في عقد نقل التكنولوجيا ليست فقط لازمة لاثباته ، بل أصبحت ركناً من أركانه أو شرطاً من شروطه. فأصبحت الكتابة لذلك **شرطاً شكلياً** لانعقاد عقد نقل التكنولوجيا ، يترتب على تخلفها بطلان هذا العقد طبقاً للقانون المصري.

ولعل قصد المشرع المصري من استلزام الكتابة ليس فقط تنبيه الأطراف إلى خطورة وأهمية تصرفهم واتخاذ الحيطة والحذر بضرورة إفراغه في محرر مكتوب ، ولكن أيضاً إتاحة الفرصة للجهات المختصة لمراقبة عقود نقل التكنولوجيا من حيث الشروط الواردة فيها (٣٥). وكان هذا القصد واضحاً ومنطقياً ومتكاملاً في ظل مشروع نقل التكنولوجيا الذي كانت قد اقترحته الأكاديمية في الثمانينات (مشروع الأكاديمية) ولم يأخذ به المشرع المصري. فلقد كان مشروع الأكاديمية يوجب تسجيل عقود نقل التكنولوجيا وذلك بالنص في المادة الخامسة من ذلك المشروع على أن "يتم التعاقد على نقل التكنولوجيا بما لا يخالف الأحكام والضوابط الواردة في هذا القانون ولا يعتبر العقد نافذاً إلا بعد تسجيله.....". فكأن مشروع الأكاديمية اختار نظام التسجيل كوسيلة لفرض الرقابة على عقود نقل التكنولوجيا ولضمان خضوعها للضوابط والأحكام الواردة بالمشروع نفسه. وكان مشروع الأكاديمية يتضمن في

---

(٣٥) وترى **الدكتورة سميحة القليوبي** أن "قصد المشرع المصري من اشتراط كتابة عقد نقل التكنولوجيا وإلا كان باطلاً وكذلك بيان وافي للمعرفة الفنية محل العقد بكامل مستنداتها ودراساتها ، حماية الطرف متلقي التكنولوجيا في مواجهة مورد التكنولوجيا وتحديد التزامات الأطراف كتابة معاً للخلافات التي تنتهي غالباً لصالح مورد التكنولوجيا" ، البحث المشار إليه سابقاً بعنوان التفاوض في عقود التكنولوجيا ، ص ص ٤ - ٥.

المادة السابعة منه حالات محددة لا يجوز فيها تسجيل العقود ، وبحيث يعتبر العقد غير نافذ ، ومن ثمَّ يستطيع أي من أطرافه الامتناع عن تنفيذه ولا يجوز للطرف الآخر أن يطلب التنفيذ الجبري للعقد (٣٦). أما قانون التجارة فقد أغفل عمداً النص على تسجيل عقود نقل التكنولوجيا ، وبذلك أعدم الرقابة على تلك العقود على الرغم مما يحققه نظام التسجيل من مزايا كثيرة ، منها على سبيل المثال: التحقق من المقابل المدفوع وتناسبه مع قيمة التكنولوجيا المقدمة ، وامكانية دراسة وتحليل نوعيات التكنولوجيا المنقولة ومدى توافرها محلياً أو من جهات أخرى وانعكاس ذلك كله على الاقتصاد القومي.

ثانياً - أطراف العقد :

ينعقد عقد نقل التكنولوجيا بين مشروعين : **الأول هو طالب** التكنولوجيا أو مستوردها والثاني هو مورد التكنولوجيا. والغالب أن يبرم العقد بين مشروعين أحدهما من دولة صناعية كبرى والثاني من دولة نامية. على أنه ليس هناك ما يمنع من أن تبرم عقود نقل تكنولوجيا بين مشروعين كليهما من دولتين صناعيتين كبريين ، كعقد بين مشروعين أحدهما ياباني والثاني أمريكي.

ويفضل البعض إطلاق اصطلاح "المانح" على الطرف الأول المالك أو الحائز للتكنولوجيا (٣٧)، أما قانون التجارة المصري فلقد استخدم لفظ "مورد التكنولوجيا" وكان مشروع الأكاديمية يستخدم نفس

---

(٣٦) الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ، ص ص ٤٢ - ٤٣.

(٣٧) الدكتور محمد حسام لطفي ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ، ص ١٦.

اللفظ الأخير . أما بالنسبة لطالب التكنولوجيا فيفضل البعض تسميته "بالمتلقي" ، أما قانون التجارة المصري فلقد أطلق عليه لفظ "المستورد".

وعادة ما يذكر في ديباجة العقد مصدر حيازة المورد للتكنولوجيا وهل هو مبتكرها أم تلقاها بعقد من العقود كعقد بيع أو تنازل أو بعقد ترخيص ؟ وإذا كان قد تلقاها بعقد ترخيص ، فهل له إعادة الترخيص للآخرين باستعمالها ؟ وإذا كان أساس ملكية المورد للتكنولوجيا هو براءة اختراع ، فيجب أن تذكر بياناتها مثل تاريخ الحصول على البراءة وبلد التسجيل ومدتها ؛ وإذا كانت هناك دعاوى قضائية مرفوعة ضد مالك البراءة ، فيتعين عليه أن يذكر ذلك (٣٨).

وتنص المادة ١/٧٢ من قانون التجارة المصري على أن "تسري **أحكام هذا الفصل على كل عقد نقل تكنولوجيا لاستخدامها في جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دولياً يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخلياً. ولا عبرة في الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم".**

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري قد أراد أن يتم تطبيق أحكام نقل التكنولوجيا الواردة في القانون على أوسع نطاق ، سواء كان نقل التكنولوجيا يتسم بالدولية أي يقع عبر الحدود الإقليمية المصرية أو داخلياً ودون أي اعتبار لجنسية أطراف العقد أو لموطنهم. وعليه ، يخضع للقانون جميع عقود نقل التكنولوجيا التي تنفذ في مصر أي تلك التي يكون الغرض من انعقادها استخدام التكنولوجيا موضوع

---

(٣٨) في معنى قريب ، راجع : دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، ص ٤٨

العقد في مصر ، وذلك بصرف النظر عن المكان الذي أبرم فيه العقد وسواء كان محل إبرام العقد في مصر أم في الخارج. ذلك أنه في غير قليل من الحالات قد تبرم عقود نقل التكنولوجيا في الخارج لسبب أو لآخر ، فأرتأى المشرع المصري ضرورة وضوح معيار سريان أحكام نقل التكنولوجيا في القانون ، وبحيث يقطع دابر الخلاف حول القانون الواجب تطبيقه على العقد ، فاختار لذلك معيار تنفيذ العقد كأساس لتطبيق القانون المصري.

ورغم أن واقع الحال يفرض أن تكون عمليات نقل التكنولوجيا إلى مصر واردة من الخارج ، وأن تكون لهذه العمليات الصبغة الدولية، أي بين مشروعات تعمل في مصر ومشروعات خارج مصر ، إلا أن المشرع "رأى ضرورة تطبيق أحكامه ، وحتى لا يلجأ المورد الأجنبي للتكنولوجيا – تهرباً من أحكام المشروع – إلى نقل التكنولوجيا إلى المشروعات المصرية عن طريق مشروعاته العاملة بالفعل في مصر". فلولا هذا الحكم المنصوص عليه في المادة ١/٧٢ من قانون التجارة لكان بمقدور الشركات الدولية الإفلات من الخضوع للقانون المصري وذلك بإبرام عقود نقل التكنولوجيا مع المشروعات المصرية عن طريق شركاتها الوليدة العاملة في مصر والتي تتمتع بالشخصية الاعتبارية والجنسية المصرية طبقاً لقواعد جنسية الشخص الاعتباري.

وسواء كان نقل التكنولوجيا يتم داخلياً عبر شركات وليدة أو فرع لشركة أجنبية في مصر مثلاً ، أو كان نقل التكنولوجيا دولياً أي عبر الحدود الإقليمية لمصر ؛ ففي الحالتين لا عبرة لجنسية أطراف اتفاق نقل التكنولوجيا أو لموطنهم. ويراعى أن عبارة "ولا عبرة في

الحالتين لجنسية أطراف الإتفاق أو لمحال إقامتهم" لم تكن موجودة في مشروع أكاديمية البحث العلمي أو (مشروع الأكاديمية) ، فالمادة الأولى من هذا المشروع الأخير كانت تتضمن عبارة أخرى وهي "٠٠٠٠ أو بين أطراف مقيمة أو غير مقيمة أو شركات أنشئت أو تنشأ داخل الحدود المصرية أو خارجها أو كان أحد الأطراف فرعاً أو شركة وليدة يمتلكها أو يشرف عليها شخص أجنبي ٠٠٠٠٠"٠ والحقيقة إن العبارة الواردة في نص المادة ١/٧٢ من قانون التجارة بعدم الاعتداد بجنسية أطراف الاتفاق أو موطنهم هي عبارة أشمل وفي نفس الوقت أدق من تلك العبارة التي كان منصوصاً عليها في المادة الأولى من مشروع الأكاديمية ، إذ أن عبارة ذلك المشروع كانت تفتح الباب للاختلاف حول تفسير متى تعتبر الشركة وليدة أو فرعاً ؟ ومتى تكون تحت إشراف شخص أجنبي ؟ وهل يقصد بالإشراف السيطرة ؟ وإذا كان المقصود بالإشراف هو السيطرة ، فما هو معيار تلك السيطرة ؟ [٣٩]٠

ثالثاً ـ موضوع العقد :

يحرص أطراف العقد على وصف وتحديد التكنولوجيا محل العقد٠ وعادة ما يكون هذا الوصف تفصيلياً وموثقاً بالملاحق التي تشتمل على دقائق تلك التكنولوجيا والمعلومات الجوهرية عنها وكذلك التصميمات والرسوم والصور الخاصة بها ، وكذلك ملحق بالأجهزة والآلات التي تستخدم وملحق بالمواد الأولية اللازمة للانتاج وملحق ببيان قطع الغيار ، ودليل التعليمات والإرشادات الخاص بتركيب

---

(٣٩) راجع في نقد المادة الأولى من مشروع أكاديمية البحث العلمي ، الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٤ – ٢٧.

الأجهزة وإعدادها للتشغيل والصيانة والانتاج والتخزين [٤٠]. ويجري العمل على وضع التاريخ على هذه الملاحق مع توقيع الأطراف على جميع صفحاتها لإرفاقها بالعقد. وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢/٧٤ من قانون التجارة على أنه **"ويجب أن يشتمل العقد على بيان عناصر المعرفة وتوابعها التي تنقل إلى مستورد التكنولوجيا. ويجوز أن يرد ذكر هذا البيان مصحوباً بدراسات الجدوى والتعليمات والتصميمات والرسومات الهندسية والخرائط والصور وبرامج الحاسب الآلي وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة في ملاحق ترفق بالعقد وتعتبر جزءاً منه".**

ولقد أشار التقنين الموحد للسلوك في مادته الأولى إلى أن نقل التكنولوجيا هو عبارة عن نقل المعرفة المنهجية ***Transfer of Systematic Knowledge*** (أي المعرفة الفنية) وذلك لاستعمالها في انتاج السلع أو لتطبيق طريقة صناعية أو لأداء خدمات[٤١]. وعليه، يعتبر داخلاً طبقاً لهذا التعريف في مفهوم نقل التكنولوجيا: الترخيص بعناصر الملكية الصناعية مثل براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والمعرفة الفنية والأسرار التجارية ***Know-How and trade secrets***، وعقد تسليم المفتاح ***Turn-key contract***، وعقود المساعدة الفنية

---

(٤٠) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية، المشار إليه سابقاً، ص ص ٥٠ - ٥١ ؛ **الدكتور محسن شفيق**، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ص ١٦ - ١٨.

(٤١) يقول النص باللغة الانجليزية إلى أن :

"Transfer of Technology under this code is the transfer of systematic knowledge for the manufacture of a product, for the application of a process or for rendering of a service"

وعقـود البحـث والتدريـب ، *Technical assistance contracts* وغيرهـا ، *Contracts of research and training* (٤٢)، واستبعد تقنين

---

(٤٢) راجع :

Kari Sipila, Intellectual Property Valuation and Exploitation, Lecture Presented at the WIPO Arab Regional Symposiun on the Economic Importance of Intellectual Property, (Muscat, February 22 to 24, 1999) WIPO/IPR/MCT/99/2 (February 1999).

وراجع بصفة خاصة : دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٥٠ – ٥١ ، ص ص ٦٣ – ٨٠. وفي هذا الخصوص ، فإن عقد الترخيص يمكن تعريفه بأنه عقد يلتزم به صاحب حق ملكية صناعية (مثل براءة اختراع ، معرفة فنية ، علامة تجارية أو نموذج صناعي أو اسم تجاري ، بأن يمنح شخصاً آخراً الحق في الاستغلال لمدة معينة في نظير مقابل معين. ويمكن تعريف عقد تسليم المفتاح في اليد بأنه عقد يلتزم بموجبه المقاول قبل رب العمل بإتمام عمليات بناء المشروع والتوريد للآلات والأجهزة وتركيبها وتجربتها والإعداد للتشغيل مع التزام المقاول بتقديم المعونة الفنية حتى تمام تشغيل المصنع بكامل كفاءته وطاقته مع تدريب العمال التابعين لرب العمل. أما عقد البحث والتدريب فبمقتضاه يلتزم المورد بالقيام بأبحاث معينة بمفرده أو بمساعدة المستورد ، أو عن طريق التعاون بينهما بتبادل المعلومات والبيانات والوثائق ، كما قد يشمل هذا العقد تدريب عاملي المستورد على استخدام المعارف التكنولوجية المرخص بها أو الأجهزة والمعدات المشتراة. ويلاحظ أن دليل الإرشادات الذي وضعته اليونيدو UNIDO يشتمل على مظاهر وأدوات أخرى لنقل التكنولوجيا إضافة لما ذكرناه مثل : Individual experts وبموجب هذه الوسيلة فإن المشروعات المستوردة في الدول النامية يمكن أن تكتسب طرقاً فنية للقيام بالتصنيع وذلك عن طريق استخدام خبير أجنبي فرد. وهذه الوسيلة تناسب بصفة عامة المشروعات الصغيرة والمتوسطة الحجم في مختلف الصناعات الهندسية وكذلك في الصناعات الغذائية وغيرها من الصناعات الاستهلاكية. وكذلك توجد وسيلة أخرى تعرف باسم عقود توريد الآلات والمعدات Contracts for Supply of Machinery and Equipment وهي طريقة لنقل التكنولوجيا التشغيلية المتعلقة بهذه المعدات وبصفة خاصة في المشروعات الصناعية الصغيرة والكبيرة على السواء بما في ذلك صناعات الأسمنت ، المنسوجات ، الورق وغيرها. راجع:

Transfer of Technology, The UNIDO "Guidelines" Paper, Alternative Channels for in - Flow of Technology (in Legal Aspects of the Transfer of Technology, editors: Russel B. Sunshine & Richard Baxbaun 1977).

وبصفة خاصة في ص ص ١٣ – ١٥.

السلوك من نطاق عقود نقل التكنولوجيا الترخيص باستعمال الأسماء التجارية والعلامات التجارية ، حيث أن الترخيص بها في حد ذاته لا يعد نقلاً للتكنولوجيا إلا إذا كانت ضمن صفقة تكنولوجية أخرى أي تم الترخيص بها بمناسبة نقل تكنولوجيا بالمعنى الفني الدقيق (٤٣)، ومثال ذلك الترخيص بتصنيع عقار أو دواء ما تحت اسم تجاري معين.

ولقد كان مشروع الأكاديمية في مادته الرابعة يتضمن تحديداً تفصيلياً لما يعد نقلاً للتكنولوجيا إذ نصت المادة الرابعة من ذلك المشروع على أنه : " يقصد بنقل التكنولوجيا في مفهوم أحكام هذا القانون نقل المعرفة المنهجية اللازمة لتصنيع أو تطوير منتج ما ، أو لتطبيق وسيلة أو طريقة ، أو لتقديم خدمة ما. ولا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع. ويعد نقلاً للتكنولوجيا على وجه الخصوص ما يأتي :

(أ) البيع أو الترخيص لجميع أشكال الملكية الصناعية باستثناء العلامة التجارية أو الصناعية أو علامات الخدمة أو الأسماء التجارية ما لم تكن جزءاً من صفقات نقل التكنولوجيا.

---

(٤٣) كما تستبعد من نطاق نقل التكنولوجيا في مفهوم تقنين السلوك العمليات التي يكون موضوعها بيع أو استئجار سلع فحسب ، أي أن المستبعد هو فقط البيع أو الايجار الذي ينصب على أشياء مادية. ولكن إذا كان العقد يتضمن علاوة على ذلك نقل المعلومات الفنية الخاصة بكيفية تركيب هذه الآلات أو الأجهزة أو تشغيلها فإنه يعتبر عقد نقل تكنولوجيا. راجع : **الدكتور محسن شفيق**، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٢٠ - ٢١.

(ب) توفير المعرفة العملية والخبرة الفنية وخاصة في شكل دراسات جدوى وخطط ورسوم بيانية ونماذج ومواصفات وتعليمات ووصفات تركيب وتصميمات هندسية أساسية وتفصيلية.

(جـ) خدمات المتخصصين في تقديم المشورة الفنية والإدارية وتدريب العاملين.

(د) الخدمات الخاصة بتشغيل وإدارة المؤسسات وبرامج الحاسب الآلي.

(هـ) تقديم المساعدة الفنية في جميع المجالات"(٤٤).

أما قانون التجارة الجديد ، فلقد تضمن تعريفاً لعقد نقل التكنولوجيا إذ تنص المادة ٧٣ من ذلك القانون على أن "**عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لانتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا ، أو كان مرتبطاً به**" ..

(٤٤) راجع في شرح هذا النص والتعليق عليه : الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ، ص ص ٢٨ - ٤٠.

ويتضح من مقارنة المادة ٧٣ من قانون التجارة بالمادة الرابعة من مشروع الأكاديمية أن هناك اختلافاً بينهما في الصياغة. فمن ناحية أولى ، كانت المادة الرابعة من مشروع الأكاديمية أقرب في صياغتها ، بل وتكاد تكون مطابقة لما ورد بتقنين السلوك ، كما أن تلك المادة كانت تقتصر على بيان المقصود بنقل التكنولوجيا وحالاتها في نطاق المشروع، أما المادة ٧٣ من قانون التجارة ، فلقد استهدفت تعريف عقد نقل التكنولوجيا نفسه. ومن ناحية ثانية ، فلقد كانت المادة الرابعة من مشروع الأكاديمية تسرد حالات وأشكال نقل التكنولوجيا ، صحيح إن هذا السرد كان على سبيل المثال لا الحصر ، إلا أنه يكاد يضم الغالبية العظمى لحالات نقل التكنولوجيا. وفي مقابل ذلك ، اقتصرت المادة ٧٣ من قانون التجارة على تعريف عقد نقل التكنولوجيا بأنه اتفاق نقل معلومات فنية بمقابل ، لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لانتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو لتقديم خدمات. فهل تعني عبارة المادة ٧٣ تجاري أن نقل التكنولوجيا أصبح يقتصر على حالة نقل المعرفة الفنية *Know-How* بالمعنى الدقيق ودون غيرها من حالات البيع أو الترخيص لأشكال الملكية الصناعية الأخرى ؟ يوحي ظاهر النص باقتصار نقل التكنولوجيا على حالة نقل المعرفة الفنية دون غيرها من البيع أو الترخيص بعناصر الملكية الصناعية مثل الترخيص ببراءات الاختراع مثلاً. على أننا نعتقد أن تلك نتيجة مبالغ فيها ولا تعبر عن حقيقة قصد المشرع ، والدليل على ذلك أن نفس المادة جاء فيها ما نصه "... ولا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء او تأجير أو استئجار السلع ، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل

تكنولوجيا ، أو كان مرتبطاً به"• ويفهم من ذلك اتساع نطاق نقل التكنولوجيا ليشمل أي مجموعة من المعلومات المستخدمة في انتاج السلع والخدمات سواء تجسد ذلك في شكل معرفة فنية ***Know-How*** بالمعنى الدقيق أو معلومات فنية غير سرية مفصح عنها في براءة اختراع ، وسواء تعلقت المعلومات بتكنولوجيا المنتج أي تلك التي تستهدف انتاجاً معيناً ، أو تعلقت بتكنولوجيا العملية الانتاجية أي تكنولوجيا طريقة الانتاج• أما إذا اقتصر الأمر على مجرد بيع أو شراء أو تأجير سلعة أو خدمة ، فإن ذلك لا يعتبر من قبيل نقل التكنولوجيا• ذلك أن الاقتصار على مجرد البيع أو الشراء أو التأجير لا يعدو عن كونه عقد تسويق للتكنولوجيا ، وليس نقلاً للتكنولوجيا في معناه الفني• والحقيقة أن الاستثناء الذي أورده القانون المصري بالاقتصار في استبعاد عقود بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص بها يستشف منه أن المشرع لم يقرر اقصاء عقود الترخيص ببراءات الاختراع من نطاق نقل التكنولوجيا•

ولقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن هناك خلطاً بين عقود نقل التكنولوجيا بالمعنى الدقيق وهي تلك التي يكون محلها نقل المعرفة المنهجية التي تلزم للعملية الانتاجية وبين عقود الترخيص باستغلال براءات الاختراع من حيث أن محل هذه العقود الأخيرة ليس نقل المعرفة التكنولوجية وإنما انتقال الحق في استعمال التكنولوجيا• ويوجد فارق هام بين هذين العقدين ، ذلك أن محل عقد الترخيص بالبراءة ينحصر في تنازل الطرف المرخص ، أي مالك البراءة ، عن حقه الاستئثاري في استغلال البراءة للمرخص له فيكون للمرخص له

الحق في القيام باستغلال البراءة بموافقة المالك. فعقد الترخيص – وفقاً لهذا الرأي – لا يعدو عن كونه إطاراً لتنظيم العلاقات الناشئة عن ملكية التكنولوجيا ، وليس نقلاً للقدرات التكنولوجية إلى الطرف المرخص له. فعقد الترخيص بالبراءة هو عبارة عن نقل الحق في استعمال التكنولوجيا وليس نقل القدرة على استخدامها. فعقد الترخيص يرد على التكنولوجيا باعتبارها محلاً للملكية وليس باعتبارها عنصراً في العملية الانتاجية(٤٥). ويدلل هذا الفقه على رأيه بالقول بأنه حتى في الحالات التي تتوافر فيها لمشروع ما كافة المكنات التكنولوجية اللازمة لاستغلال الاختراع محل البراءة وكذلك في الحالة التي يتوصل فيها هذا المشروع لنفس الاختراع محل البراءة وهو غير عالم بوجودها ، فإنه سيجد نفسه مضطراً في تلك الأحوال إلى اللجوء إلى مالك البراءة بمقتضى عقد الترخيص ؛ وفي هذه الحالة ، فإن المشروع المرخص له يدفع إتاوة لتكنولوجيا قد توصل هو إليها بالفعل (٤٦).

ومع كل وجاهة حجة الفقه السابق ، فإننا لا نتفق معه ، فيما ذهب إليه من أن عقود الترخيص باستغلال براءات الاختراع لا تعد نقلاً حقيقياً للتكنولوجيا وإنما مجرد استعمال لها. ذلك أن القول بأن المشروع المرخص له قد يدفع مقابلاً لتكنولوجيا قد يكون قد توصل إليها فعلاً فيه مجافاة للحقيقة. فهدف قوانين البراءات هو حث المبتكر على الإسراع في الكشف عن ابتكاره للمجتمع في لقاء منحه حق استئثاري على ذلك الابتكار ، فلا يكون لأي شخص استعمال الابتكار دون إذن أو ترخيص

(٤٥) الدكتور حسام عيسى ، البحث السابق ، ص ٣٠.

(٤٦) السابق ، ص ٣١.

من المبتكر صاحب البراءة. وعليه ، فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين : الفرض الأول ، أن يكون المرخص له قد توصل هو نفسه إلى ذات الابتكار بعد قيام المخترع بالحصول على البراءة ، كأن يتوصل إلى ذلك عن طريق الهندسة العكسية. وفي هذه الحالة ، يظل المرخص له ملتزماً بدفع المقابل لمالك البراءة لتمتعه بالاستئثار الذي يخوله سلطة منع الآخرين من استخدام الابتكار بأي شكل من الأشكال دون إذنه. ويرجع التزام المرخص له بدفع الإتاوة أو المقابل لمالك البراءة على الرغم من توصل الأول إلى ذات الابتكار إلى أن المالك هو صاحب السبق في الحصول على البراءة بكشفه عن أسرارها للمجتمع ولابد من مكافأته بمنحه حق منع الآخرين من استخدام الاختراع حتى ولو توصلوا إليه لاحقاً. ثم إنه لولا قيام المخترع بالكشف عن الابتكار للمجتمع وتنبيه الآخرين إليه لما تم التوصل إليه لاحقاً. أما الفرض الثاني فهو ينصرف إلى الحالة التي يتوصل فيها شخص إلى الابتكار قبل مالك البراءة ، ومع ذلك آثر هذا المبتكر الأول استخدام ابتكاره سراً. فإذا قام مخترع ثانٍ بالتوصل إلى ذات الابتكار ، وحصل على براءة عنه ، ودون إخلال بشرط الجدة ، فإن ذلك المالك يكون له منع حتى المبتكرين السابقين من استعمال الابتكار بناء على نفس الفلسفة التي تبنى عليها قوانين براءات الاختراع من الكشف عن الابتكار للمجتمع. ثم إن القول بأنه في مثل هذه الفروض لا يوجد أي نقل للتكنولوجيا هو أمر فيه مجافاة للأفكار الخاصة بقوانين براءات الاختراع وطبيعة البراءة ذاتها ، لأنه بمقتضى تلك القوانين فإن تكنولوجيا البراءة لا تحتاج إلى قيام مشروع بنقلها إلى مشروع آخر ، إذ الفرض أن جميع المعلومات التكنولوجية الثابتة بالبراءة أصبحت متاحة للجميع وغير سرية ، وأن

نقل تكنولوجيا البراءة لا يمكن أن يكون إلا في صورة منح المرخص له الحق في استعمال الابتكار موضوع البراءة ، وأنه لولا قيام المخترع بالكشف عن اختراعه لما تمكن أي شخص من تلقي المعلومات التكنولوجية. وبعبارة وجيزة ، فإن نقل التكنولوجيا الكامنة في الابتكار الذي يتم الحصول عنه على براءة اختراع يكون ممكناً بمجرد إصدار البراءة ، حيث تتلاشى السرية ويكون لأي شخص متخصص في الفن الصناعي أن يقوم – ودون حاجة إلى مالك البراءة – إلى استخدام تكنولوجيا البراءة ، وما الترخيص الذي يمنحه صاحب البراءة إلا إجازة هذا الاستخدام. وعليه، فإن التمكن التكنولوجي يكون متاحاً أمام الجميع بمجرد إصدار البراءة ، كل ما هناك أنه لا يجوز استغلال هذا التمكن إلا بعد الحصول على ترخيص مالك البراءة. فكأن عقد الترخيص هو الذي يضفي المشروعية على استخدام المرخص لهم للتكنولوجيا التي اكتسبوها من إذاعة سر الاختراع في البراءة.

كما استبعدت المادة ٧٣ من قانون التجارة عقود الترخيص وبيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا أو كان مرتبطاً به (٤٧). ولقد ذهب جانب من الفقه إلى انتقاد عدم اعتبار عقود الترخيص باستعمال العلامات التجارية والصناعية وعلامات الخدمة والأسماء التجارية في الأصل كوسيلة لنقل التكنولوجيا (٤٨). ذلك أن عدم اعتبارها كذلك يفتح الباب للتحايل على

---

(٤٧) راجع نص المادة ٧٣ من قانون التجارة ، وكذلك المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٤.

(٤٨) الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ص ٣٢ - ٣٣.

تطبيق القانون وبصفة خاصة من جانب الشركات متعددة الجنسيات ، إذ يمكن لهذه الشركات إبرام عقود نقل تكنولوجيا مع المشروعات المحلية المتلقية عن طريق شركاتها الوليدة المنتشرة على الصعيد الدولي ودون أن تضمن مثل تلك العقود الشروط التقييدية الممنوعة ، على أن يسبق تلك العقود أو يتبعها إبرام عقود أخرى مع ذات المشروعات المستوردة ولكن من خلال شركات وليدة لنقل علامة تجارية أو اسم تجاري وبحيث تبدو تلك العقود الأخيرة منفصلة عن صفقات نقل التكنولوجيا فتخرج عن نطاق القانون وبما يتيح لتلك الشركات أن تضمن تلك العقود الشروط التعسفية (٤٩).

ونعتقد أن الاتجاه الفقهي السابق صائب فيما ذهب إليه من ضرورة سريان قانون نقل التكنولوجيا على جميع أشكال الملكية الصناعية بما فيها عقود البيع والترخيص للعلامات أو الأسماء التجارية. وحسناً فعل المشرع المصري بنصه صراحة في قانون التجارة الجديد على خضوع عقود البيع أو الترخيص للعلامات أو الأسماء التجارية إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا ، أو كان مرتبطاً به (٥٠). وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون "... ومع ذلك تسري أحكام هذا الفصل على كل بيع أو تأجير لعلامة تجارية أو اسم تجاري ، إذا كان ذلك البيع أو الايجار جزءاً من عملية نقل التكنولوجيا ، وسواء تم ذلك بعقد واحد أو بعقود منفصلة والهدف من ذلك منع أي تحايل على أحكام المشروع يتم عن طريق إدراج الشروط

---

(٤٩) السابق ، ص ص ٣٤ – ٣٥.

(٥٠) ويمكن أن نضرب مثالاً لذلك بعقد الامتياز التجاري Franchising الذي تكون فيه العلامة التجارية أحد العناصر الجوهرية التي يتم الترخيص بها.

التقييدية المحرمة في عقود نقل التكنولوجيا ، في عقود بيع ايجار العلامات التجارية أو الأسماء التجارية"٠ كما تعمق هذا المفهوم بمقتضى المادة ٢/٧٢ والتي تنص على أنه "**كما تسري أحكام هذا الفصل على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر**"٠ وعليه ، تسري أحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد قائم بذاته يكون الالتزام الرئيسي فيه نقل المعارف التكنولوجية ، أو ضمن عقد آخر يكون فيه الالتزام بنقل التكنولوجيا تابعاً لإلتزام آخر رئيسي٠

رابعاً : مدة العقد :

يعتبر تحديد عنصر المدة من أعقد المسائل التي تثور بمناسبة عقود نقل التكنولوجيا٠ فالأفضل للمستورد ألا يتورط في علاقة تعاقدية تكون مدتها أقصر من أن يتمكّن خلالها من اكتساب التمكن التكنولوجي٠ وفي نفس الوقت ، يجب ألا تزيد مدة العقد عن الحدود المعقولة ، إذ قد تصاب المعارف الفنية محل العقد بما يعرف بالتقادم التكنولوجي ، أي تصبح التكنولوجيا بالية لظهور تقنيات أحدث في ذات المجال الصناعي، وبما قد يؤدي إلى زيادة تكلفة نقل التكنولوجيا إذ يضطر المستورد إلى أداء مقابل عن تكنولوجيا أصبحت قديمة وغير متداولة في السوق الدولية لمجرد التزامه بمدة العقد (٥١)٠

---

(٥١) **الدكتور حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ص ٥٨ - ٥٩ كذلك راجع دليل الترخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرات ٥٩٣ - ٥٩٨ ، ص ص ١٢٦ - ١٢٧

ولقد كانت المادة السادسة في فقرتها (ز) من مشروع الأكاديمية تقضي ببطلان عقد نقل التكنولوجيا "إذا كانت مدة العقد تزيد على عشر سنوات"، ويلاحظ أن تلك المدة كانت تعتبر طويلة نسبياً، وخاصة أن ذلك المشروع لم يكن يعطي المستورد حق إنهاء العقد لتغير الظروف التي قد تملي طلب الإنهاء، فعلى سبيل المثال، وفي ظل مشروع الأكاديمية، إذا كانت مدة عقد نقل التكنولوجيا هي اثنتا عشرة سنة، فان العقد يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ويمتنع تسجيله لدى الجهة المختصة، ولاشك أن هذا جزاء قاسٍ، وكان الأجدى أن يقتصر البطلان على شرط المدة نفسه ولا يمتد إلى بطلان العقد برمته إلا إذا كانت المدة هي العنصر الجوهري التي لا يستقيم العقد بدونها، كما يلاحظ أنه إذا كانت مدة العقد لا تزيد عن عشر سنوات، فإن العقد يكون صحيحاً ولا يبطل، رغم أن الظروف الاقتصادية للعقد قد تتبدل، كأن تصبح التكنولوجيا بالية وبحيث يصبح المقابل المتفق عليه لها غير عادل، أو أن تنكشف سريتها بفعل غير راجع إلى المستورد فيصبح الالتزام بالكتمان وعدم الاستغلال بحرية غير مبرر [٥٢]، وعليه، فلقد كان مشروع الأكاديمية يضع حداً أعلى لمدة العقد، ولكنه كان قاصراً عن معالجة ما قد يطرأ من تغيرات وظروف أثناء العقد كانت تقتضي انهاءه أو تعديل شروطه حتى ولو لم تزد مدته عن عشر سنوات،

ولقد عالج المشرع المصري في قانون التجارة هذه المسألة بأسلوب أفضل من ذلك الوارد في مشروع الأكاديمية إذ نصت المادة

(٥٢) أنظر في انتقاد نص المادة ٦ (ز) من مشروع الأكاديمية الدكتور **حسام عيسى**، البحث السابق، ص ص ٦٠ – ٦١

٨٦ من قانون التجارة على أنه "**يجوز لكل من طرفي عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد أن يطلب إنهاءه أو إعادة النظر في شروطه بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية العامة القائمة ويجوز تكرار تقديم هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات ما لم يتفق على مدة أخرى**"٠ ويتيح هذا النص لأي من طرفي العقد أن يطلب إلى الطرف الآخر إنهاء العقد أو تعديل شروطه بعد خمس سنوات من تاريخ العقد ، وأياً كانت مدة هذا العقد٠ فيكون للمستورد ، على سبيل المثال ، أن يطلب من المورد إنهاء العقد بعد خمس سنوات حتى ولو كانت مدة العقد عشر سنوات مثلاً ، كما يكون له الاستمرار في العقد ولكن مع طلب تعديل شروطه كتلك الشروط المتعلقة بالمقابل بتخفيضه إذا ظهرت تكنولوجيا أحدث في السوق الدولية وبما أدى إلى فقدان التكنولوجيا محل العقد لجانب كبير من قيمتها ، وهكذا٠ ويجوز تكرار هذا الطلب كلما انقضت مدة خمس سنوات ، ما لم يتفق على مدة أخرى، وبما يعني حق طرفي العقد في الاتفاق صراحة على مدة أخرى في العقد تكون أقصر أو أطول٠

وعلى الرغم من التقدم الذي أحرزه المشرع في قانون التجارة بإتاحة الفرصة للمستورد لإنهاء العقد أو طلب تعديله بعد فترة معينة ، إلا أنه سكت عن معالجة الشرط الذي عادة ما يصر عليه المورد في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا من إلزام المستورد بعدم استعمال التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد٠ ولقد ذهبت الدول النامية إلى حظر الشرط الذي يحرم المستورد من استعمال التكنولوجيا لمدة أطول من المدة المعينة للاتفاق ذاته ، بمعنى أن يكون المستورد حراً في استغلال

التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد. ولم يتعرض المشرع المصري لهذه المشكلة ، على عكس قوانين بعض الدول النامية التي نصت صراحة على هذا الحق طالما كانت التكنولوجيا لازمة لاستكمال خطط التنمية(٥٣). وعلى خلاف ذلك ، فإن المشروعات الدولية عادة ما تصر على إدراج شرط يحظر المستورد من استعمال التكنولوجيا بعد انقضاء العقد وكذلك إلزامه بعدم إفشاء أسرار المعرفة الفنية حتى بعد انتهاء العقد نفسه (٥٤).

---

(٥٣) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ١٢٦ ؛ ويرى البعض ضرورة وجود نص – على غرار ما تقضي به معظم تشريعات نقل التكنولوجيا في الدول النامية بتحريم كافة الشروط التي تحد من حرية الطرف المستورد في استغلال التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد ، راجع في ذلك : **الدكتور حسام محمد عيسى** ، نقل التكنولوجيا دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، فقرة رقم ٢٩٥.

(٥٤) في معنى قريب:

Guidelines for Evaluation of Transfer of Technology Agreements, U.N. (1979). III Know - How and the Know - How Agreement.

وبصفة خاصة في ص ١٨.

وأنظر بصفة عامة :

Henry Dahl. U.S. Restrictions on High Technology Transfer: Impact Abroad and Domestic Consequences, Volume 26 Columbia Journal of Transnational Law pp 27 - 51 (1987 - 1988).

المطلب الثالث

الالتزامات المتبادلة في عقد نقل التكنولوجيا

يرتب عقد نقل التكنولوجيا التزامات متبادلة بين طرفيه : المورد والمستورد. فمن جهة ، يقع على المورد التزام أساسي بنقل العناصر التكنولوجية طبقاً لما هو متفق عليه ، والتزام بتقديم المساعدة الفنية للمستورد ، والتزام بالضمان. ومن جهة أخرى ، يلتزم المستورد بدفع مقابل التكنولوجيا ، كما يلتزم بالمحافظة على السرية. وذلك كله علاوة على التزامات أخرى ينص عليها القانون أو العقد نفسه.

أولاً ـ التزامات المورد :

١ـ الالتزام بنقل التكنولوجيا :

محل عقد نقل التكنولوجيا هو المعارف الفنية التي يتعين على المورد نقلها إلى المستورد. ولذلك يجب على المورد اتخاذ الوسائل التي تكفل عملية النقل الفعلي للتكنولوجيا. فمثلاً يلتزم المورد بتسليم العناصر المادية التي تشتمل عليها التكنولوجيا مثل الآلات والأجهزة والمواد الأولية اللازمة لعملية الانتاج. بل إن العناصر المادية للتكنولوجيا قد تكون في شكل تسليم وحدة صناعية كاملة بما يشمله من تركيب وتشغيل لها[٥٥].

---

(٥٥) راجع .
Transfer of Technology, The UNIDO Guidelines ...
مشار إليه سابقاً ، ص ص ١٤ - ١٥ . وأنظر في الالتزام بنقل العناصر المادية للتكنولوجيا : -

وعادة ما ينص العقد على تفاصيل تسليم تلك العناصر المادية مثل ميعاد وزمان التسليم وما إذا كانت الأجهزة والآلات وغيرها سيتم شحنها ببيع فوب ***F.O.B*** أو ***C.I.F*** وبالتالي تحديد تبعة الهلاك والمسئولية عن التأخير وغيره من الأمور التعاقدية الأخرى. كذلك يقع على المورد التزامات تبعية أخرى مثل تزويد المستورد بالدليل الخاص بالإرشادات اللازمة لتركيب وتشغيل الأجهزة والآلات ، وإرسال الخبراء من مهندسين وفنيين لتدريب عمال المستورد على كيفية التشغيل والصيانة ... الخ (٥٦).

وعلاوة على ذلك يلتزم المورد بنقل العناصر غير المادية للتكنولوجيا أي مجموعة المعارف والمهارات اللازمة لتحقيق عملية الانتاج المستقل كأساس لاكساب المستورد الخبرة الصناعية في مجال أو مجالات معينة. فمثلاً ، لو أن التكنولوجيا المنقولة في شكل براءة اختراع ، فإن نقل التكنولوجيا لا يقتصر فقط على مجرد السماح للمرخص له باستعمال التكنولوجيا المفصح عنها في البراءة ، ذلك أنه على الرغم من افتضاح سرية الاختراع بنشر البراءة ، فإن المبتكر وخاصة الشركات الكبرى تستبقي بعض العناصر السرية الخاصة بالاختراع ، ومن ثمَّ فإن نقل التكنولوجيا إلى المستورد بشكل تام لا يقتصر على الترخيص له بالبراءة ولكن بالكشف عن كل دقائق

=**الدكتور صالح بكر الطيار** ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - دراسة تحليلية حول العلاقات التعاقدية الناشئة عن نقل التكنولوجيا إلى الدول المتجهة إلى التصنيع. (الناشر : شهد للنشر والإعلام ١٩٩٢) ص ص ١٥٥ - ١٥٨).

(٥٦) في معنى قريب : **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية . المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٧٤.

الابتكار. كذلك فإذا كان الاختراع في شكل معرفة فنية ***Know-How*** ، فإنه يجب على المبتكر الإفضاء بكافة التفاصيل إلى المستورد [٥٧].

ولقد نص قانون التجارة على التزامات فرعية للمورد لتأكيد التزامه الجوهري بعملية نقل التكنولوجيا واكتساب المستورد لها. من ذلك ما نصت عليه المادة ١/٧٧ بقولها "**يلتزم المورد بأن يقدم للمستورد المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا ، وكذلك ما يطلبه المستورد من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب**". والحقيقة إن الالتزام بتقديم المعلومات التكنولوجية في صورة المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق هو من الالتزامات التي تنشأ عن عقود الترخيص باستعمال المعرفة الفنية وبراءات الاختراع على حد سواء لتمكين المستورد من استخدام التكنولوجيا ، بل إنه قد يكون أحد الدعامات لاكتساب التمكن التكنولوجي وخاصة بالنسبة للدول النامية. والأصل أن الالتزام بتقديم وثائق المعرفة التكنولوجية يترتب بمجرد العقد حتى ولو لم ينص عليه بشرط صريح. ولكن عادة ما ينص على شرط التزام المورد بتسليم المستورد ما يحوزه من وثائق ومستندات خاصة بالتكنولوجيا ، على أن تنفيذ هذا الالتزام في ذاته لا يعني

---

(٥٧) الدكتور صالح بكر الطيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، ..... ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٤٧ - ١٥٨

بالضرورة أن المورد عليه التزام بضمان قدرة المستورد بنفسه على استخدام المعلومات الكامنة في تلك الوثائق والمستندات للانتاج [٥٨].

وفي إطار مقارنة نص المادة ١/٧٧ من قانون التجارة بمثيله في مشروع الأكاديمية أي نص المادة ٨/هـ ، نجد أن النص الأخير كان أفضل في الصياغة والمضمون. فنص المادة ٨/هـ من ذلك المشروع كان يقضي بالتزام المورد بتقديم (كافة) الوثائق .... ولقد أغفل المشرع المصري في قانون التجارة النص على لفظ (كافة) على الرغم من أهميته القصوى في تنفيذ التزام المورد بنقل المعرفة التكنولوجية إلى المستورد. وعليه، يكون المورد قد أوفى بالتزامه الخاص بتقديم المعلومات إلى المستورد إذا سلمه الوثائق اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا، ودون أن يلتزم بتسليمه كافة المستندات المتعلقة بها. وبالتالي سيتمكن المورد من حجب الكثير من المستندات عن المستورد والتي كان من شأن تسليمها اكسابه التمكن التكنولوجي ، وأن يقتصر في تنفيذ التزامه على تسليم الحد الأدنى من تلك الوثائق لكي يقوم المستورد باستعمال التكنولوجيا.

وبهدف ضمان استمرار الانتاج للمشروع المستورد للتكنولوجيا وبالذات إذا كان محل العقد آلات أو أجهزة أو معدات ، فلقد نص قانون التجارة على التزام المورد وطوال سريان العقد بتزويد المستورد وبناء على طلبه بقطع الغيار التي ينتجها وتحتاجها الآلات أو الأجهزة التي تستعمل في تشغيل منشآت المستورد وطبقاً للتكنولوجيا المنقولة وذلك

---

(٥٨) في معنى قريب : الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ص ٣٦ - ٣٧.

حسب سعرها السائد في السوق ، وإذا كان المورد لا ينتج هذه القطع في منشأته ، وجب عليه أن يعلم المستورد بمصادر الحصول عليها [٥٩].

وكان مشروع قانون التجارة يقضي بانقضاء التزام المورد بتزويد المستورد بقطع الغيار وذلك بفوات عشر سنوات من تاريخ العقد إلا إذا أثبت المستورد استمرار المورد في انتاج قطع الغيار بعد انتهاء هذه المدة ، مع ثبوت حق الطرفين في الاتفاق على مد هذه المدة بنص صريح في العقد ، ولكن لم يكن يجوز لهما الاتفاق على إنقاصها [٦٠]. ولم تظهر تلك الفقرة في النص النهائي للمادة ٧٨ من قانون التجارة. وحسناً فعل المشرع بحذفها ، وبما يستوجب استمرار التزام المورد بتزويد المستورد بقطع الغيار ما بقي العقد قائماً ودون اعتبار لمدة العشر سنوات التي كان منصوصاً عليها في المشروع ، وبصفة خاصة أن المستورد قد يجد صعوبات في اثبات استمرار المورد في انتاج قطع الغيار بعد فوات تلك المدة.

٢- التزام المورد بتقديم المساعدة الفنية :

ينصرف التزام المورد بتقديم المساعدة الفنية ***Technical Assistance*** إلى قيامه ، عن طريق خبرائه ، بتدريب عاملي ومهندسي المستورد على استعمال التكنولوجيا محل العقد. ويستهدف هذا الالتزام بشكل مباشر تكوين طاقم محلي قادر على إدارة واستثمار التكنولوجيا

(٥٩) تنص المادة ٧٨ من قانون التجارة على أن **"يلتزم المورد – طوال سريان العقد – بأن يقدم للمستورد بناء على طلبه قطع الغيار التي ينتجها وتحتاجها الآلات والأجهزة التي تستعمل في= =تشغيل منشأته. وإذا كان المورد لا ينتج هذه القطع في منشأته ، وجب أن يعلم المستورد بمصادر الحصول عليها"**.

(٦٠) مذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٧.

المستوردة بهدف تحقيق الأهداف الاقتصادية المتوقعة من عملية نقل التكنولوجيا (٦١).

ويذهب البعض إلى أن الالتزام بتقديم المساعدة الفنية إلى المستورد لا يتوفر إلا في الحالة التي ينص فيها عليه في العقد صراحة، بينما يذهب البعض الآخر إلى توفر هذا الالتزام حتى عند عدم ذكره صراحة في العقد لما يقتضيه تنفيذ العقد بحسن نية من ضرورة توفره لاكساب المستورد القدرة على استثمار التكنولوجيا محل التعاقد (٦٢).

وكانت المادة التاسعة من مشروع الأكاديمية تنص على هذا الالتزام وتقضي بضرورة أن يقوم المورد بتوفير العدد المناسب من الخبراء لتدريب عمال المستورد بغرض تكوين طاقم محلي على قدر من الدراية الفنية. على أن المورد يتعين عليه ألا يقوم بتضمين العقد إلزام المستورد بخبراء أو فنيين أجانب إذا كان من المتاح استخدام الخبرات الفنية والخدمات الاستشارية والهندسية والاستعانة بمراكز البحوث

---

(٦١) راجع :

Transfer of Technology, The UNIDO Guidelines .... =

=المشار إليه سابقاً ، وخاصة في ص ١٣ . ويلاحظ أن المساعدات التقنية تشمل أموراً عديدة مثل التدريب والخدمات الدراسية والهندسية والخدمات التسويقية والخدمات الإدارية وخدمات التخطيط والبحث والتطوير. راجع: دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً، ص ص ٧٧ - ٨٠ ؛ كذلك **الدكتور صالح بكر الطيار** ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ..... ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٦٠ - ١٦٣.

(٦٢) أنظر في عرض هذه الآراء : **الدكتور صالح بكر الطيار** ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا : .... ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٦٤ - ١٦٦ حيث يؤيد ضرورة قيام المورد بتقديم المساعدة التقنية إلى المستورد طالما كانت التقنيات المقدمة ذات أهمية كبيرة لاستثمار الاختراع أو التكنولوجيا محل العقد.

الوطنية. ومن الواضح أن نص الفقرتين (أ) و (ب) من المادة التاسعة من مشروع الأكاديمية هو نص عام ولا يتيح ضمانة حقيقية بالمساعدة الفنية للمستورد [٦٣].

أما نص المادة ١/٧٧ من قانون التجارة فلقد جرى على النحو الآتي:" **يلتزم المورد بأن يقدم للمستورد ..... ، وكذلك ما يطلبه المستورد من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب**". ويتضح من هذا النص أن التزام المورد بتقديم المساعدة الفنية ليس مجرد التزام ضمني ينبثق عن العقد ؛ **إذ يتعين النص عليه صراحة في العقد وبناء على طلب من المستورد.** وبعبارة أخرى ، فإن الالتزام بالمساعدة الفنية لم يعد - طبقاً للقانون المصري - من الالتزامات الرئيسية في العقد ، وإنما أصبح من الالتزامات المكملة للالتزام الرئيسي للمورد بتقديم المعارف التكنولوجية.

ويراعى ضرورة صياغة شرط إلزام المورد بالمساعدة الفنية بدقة شديدة ، على أن يلحقه الأطراف بملحق يضع تفصيلات تلك المساعدة من حيث نوعيتها والخبراء ومؤهلاتهم ونفقات استقدامهم وبيان كفاءتهم الفنية. كما يلاحظ في هذا الخصوص التأكيد على ضرورة أن

---

(٦٣) في شرح ذلك النص و تعليق عليه الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ص ٣٦ - ٣٨.

يؤخذ تنفيذ المورد لالتزامه بالمساعدة الفنية بجدية شديدة وأن يراقب المستورد جدوى التدريب وبالذات في جوانبه العملية [٦٤].

٣ـ الالتزام بالضمان :

يثور التساؤل عن مدى التزام المورد بضمان نوعية التكنولوجيا في تحقيق أهداف المستورد ؟ وهل التزام المورد في هذا الخصوص بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية[٦٥]؟

على المستوى الدولي ، وفي ظل جهود الأمم المتحدة تمسكت الدول النامية بأن التزام مورد التكنولوجيا هو التزام بتحقيق نتيجة[٦٦]. فمثلاً ، إذا كانت التكنولوجيا عبارة عن وسيلة انتاج ، فيتعين أن تحقق النتائج المطلوبة من حيث حجم الانتاج ونوعيته وجودته ، فإذا لم تتحقق هذه النتائج كان هناك إخلال بالعقد من جانب المورد على الرغم من وفائه بالتزامه العام بنقل المعلومات الفنية واتخاذ جميع الوسائل اللازمة والعناية الكافية لتنفيذ التزاماته. أما الدول الصناعية ، فلقد سعت إلى

---

(٦٤) **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٧٨؛ دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ٧٨.

(٦٥) في مناقشة هذا الموضوع راجع : **الدكتورة سميحة القليوبي** ، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد ٤٠٦ في ص ص ٩٧ – ١١٧ (١٩٨٦) ؛ دليل الترخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٢ ، و ٥٦٣ ص ١٢١ ؛ **الدكتور صالح بكر الطيار** ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ...... ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٧٩ – ٢٠٣.

(٦٦) **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٩. وبصفة خاصة تطالب الدول النامية بضمان المورد مطابقة التكنولوجيا للأوصاف المذكورة في العقد، وملاءمة التكنولوجيا لانتاج السلع أو الخدمات المتفق عليها.

تقنين جعل التزام المورد ببذل عناية أو وسيلة ، وأنه غير مسئول عن تحقيق النتائج ، وخاصة أن عدم تحقيق النتائج قد يكون خارجاً عن سيطرته بسبب ظروف معينة خاصة بالمشروع المستورد (كالظروف الجغرافية - العوامل الجوية - إهمال العمال المحليين - الأعطال ونقص الطاقة مثل تواتر انقطاع التيار الكهربائي ونقص الوقود- رداءة المواد الأولية المحلية المستخدمة في التشغيل ... الخ) (٦٧). ولذلك ، فإن المورد ، عادة لا يقبل أي التزام بالضمان ، وإذا قبله فإنه غالباً ما يصر على تشديد بعض التزامات المستورد في المقابل ، كتطلبه توفير مواد أولية ذات جودة عالية ومن مصادر معينة ، أو قيامه بوضع مشرفين من جانبه على تجارب التشغيل والانتاج ، أو استلزام طاقة تشغيلية معينة ... الخ (٦٨).

---

(٦٧) ويطرح بعض فقهاء الغرب بعض التساؤلات الهامة التي يثيرها الإدعاء بضرورة إلزام المورد بضمان التكنولوجيا المنقولة. فهل يعني هذا الضمان أن على المورد إلتزام بضمان ألا توجد تكنولوجيا أخرى قادرة على انتاج نفس المنتج ؟ وهل يضمن المورد أنه لن يتم تطوير تكنولوجيا أخرى أفضل ، وبما يجعل التكنولوجيا الحالية والمرخص بها غير كافية insufficient على الأقل بالنسبة لقوة منافسة المنتج في السوق ؟ ويجيبون عن هذه التساؤلات بعدم ضمان المورد ، حيث أن التكنولوجيا دائمة التبدل والتغيير ، وأن الدول النامية ترنو للحصول على ميزات من عقود نقل التكنولوجيا تفوق ما تدفعه فعلاً كثمن لها ، راجع على وجه خاص :

Behrman, "Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology" in S. Holland, ed. Codes of Conduct for the Transfer of Technology: A Critique 49 - 60 (Council of the Americas, New Yourk, 1976) reprinted in Sunshine, Legal Aspects of the Transfer of Technology (1977) at pp. 232 - 233.

(٦٨) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٧٧

ولقد كانت المادة ٨٥ من مشروع قانون التجارة تنص على أن المورد لا يضمن انتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالمواصفات المبينة في العقد ، إلا إذا قبل تحمل هذا الضمان صراحة وكتابة ؛ وأن المورد يضمن فقط مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة في العقد. وعليه ، فقد كان مشروع القانون يأخذ موقفاً مغايراً لما نادت به الدول النامية من ضرورة جعل التزام المورد التزاماً بتحقيق نتيجة ، ذلك أن المورد لم يكن ليضمن إلا مطابقة التكنولوجيا للوثائق المرفقة بها الشروط المبينة في العقد ، أما التزامه بضمان انتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالمواصفات المبينة في العقد ، فهو التزام اختياري [٦٩].

أما نص المادة ٨٥ من قانون التجارة كما ظهر بصورته النهائية فتجري عبارته على النحو الآتي " **يضمن المورد مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة في العقد ، كما يضمن انتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالمواصفات المبينة في العقد، ما لم يتفق كتابة على خلاف ذلك**". وبذلك فلقد تضمن نص القانون حماية أوسع لمستورد التكنولوجيا المصري من نص مشروع القانون ، إذ بجانب بقاء مورد التكنولوجيا ملتزماً لمطابقة التكنولوجيا للعقد والوثائق والشروط الواردة به باعتباره ملتزماً بتحقيق نتيجة ، فإن القانون قد جعل المورد كذلك ضامناً - في الأصل - لانتاج السلع أو أداء الخدمات التي اتفق عليها في العقد وطبقاً للمواصفات الواردة به ، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك. وعليه ، فإن القاعدة في قانون التجارة،

(٦٩) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٩.

وعلى خلاف المشروع ، هي الالتزام بتحقيق النتيجة المرجوة فـي انتـاج السلع والخدمـات ، ولا يمكن إهدار هذا الالـتزام أو التضييق منـــه إلا باتفاق مكتوب بين الأطراف يقضي بعكس ذلك ؛ وبعبارة أخـرى ، فإنـه لا يجوز إزاحة عبء التزام المورد بتحقيق النتيجـة إلا بنـاء علـى اتفـاق صريح بشرط مكتوب في العقد ٠

٤- الالتزام بالتبصير :

تنص المادة ٧٦ من قانون التجارة على أن "يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق ابرامه عما يلي:

أ - الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال ، وعليه أن يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار .

ب - الدعاوى القضائية وغيرها من العقبات التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع.

جـ- أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا".

فلقد ألزم القانون المورد بالافصاح والكشف عن المخاطر التي تصاحب التكنولوجيا وعن المخاطر التي قد تعرقل انتفاع المستورد بالتكنولوجيا وكذلك أحكام القانون المحلي التي قد تعوق انتقال التكنولوجيا. ويتعين على المورد الكشف عن تلك الأمور في خلال المفاوضات أو على الأقل وقت التعاقد حتى يكون المستورد على بينة من أمره فيمضي فيما عزم عليه من إبرام العقد أو إلغاء الصفقة برمتها.

فمن ناحية أولى ، أوجب القانون - حماية للمجتمع بشكل عام والمستورد بشكل خاص - أن يقوم المورد بتبصير المستورد بالأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وخاصة فيما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال ، وكذلك أن يطلعه على جميع الوسائل والطرق المتاحة لتوقي هذه الأخطار. وحسناً فعل المشرع المصري بنصه صراحة على إلزام المورد بالكشف عن أخطار التكنولوجيا ، ذلك أن بعض الشركات الدولية دأبت على نقل التكنولوجيا الملوثة للبيئة إلى الدول النامية واعتبار تلك الدول حقل تجارب للتكنولوجيا المحظورة بموجب قوانين البيئة في الدول التي تتبعها هذه الشركات بجنسيتها. ولم يبين المشرع المصري جزاء إخلال المورد بهذا الالتزام ، وذلك على عكس مشروع الأكاديمية الذي كان ينص على ذات الالتزام وجزاء الإخلال به ، حيث كان هذا المشروع وطبقاً للمادة ٧/أ منه يمنع تسجيل عقد نقل التكنولوجيا إذا كان من شأنه إلقاء عبء غير مناسب على الاقتصاد القومي (٧٠).

---

(٧٠) في شرح هذا الالتزام في إطار مشروع أكاديمية البحث العلمي راجع : **الدكتور حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ص ٧٥ - ٧٦، حيث يرى أن المورد يلتزم كذلك بالتعويض عن هذه الأضرار. ويلاحظ أن نص المادة ٨/أ من مشروع الأكاديمية كانت تجرى عبارته على النحو الآتي :

"يلتزم المورد بما يأتي:

(أ) الكشف عن الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا محل التعاقد خاصة فيما يتعلق منها بالبيئة والصحة العامة . كما يلتزم بتقديم أحدث الوسائل الفنية الكفيلة بتفاديها".

ويلاحظ أن نص مشروع الأكاديمية أكثر فعالية من نص قانون التجارة المقابل. ذلك أن قانون التجارة يلزم المورد فقط بإطلاع المستورد على الوسائل اتقاء هذه الأخطار. أما نص مشروع الأكاديمية فكان يلزم المورد بتقديم "أحدث الوسائل" الفنية الكفيلة بتفادي هذه الأخطار.

ومن ناحية ثانية ، ألزم القانون المورد بالكشف للمستورد عن أي قيود أو عقبات قد تؤثر أو تعوق استخدام التكنولوجيا وبالذات الدعاوى القضائية التي تستهدف النيل من التكنولوجيا وخاصة تلك المتعلقة ببراءات الاختراع ، وذلك مثال الدعاوى التي يكون موضوعها إبطال البراءة أو المنازعة في ملكيتها. ويستهدف القانون بالنص على ضمان انتفاع المستورد بالتكنولوجيا انتفاعاً هادئاً ومستقراً بحيث لا يفاجىء أثناء سريان العقد بالحكم في دعوى ضد المورد تسلب هذا الأخير حقوقه الناشئة عن البراءة وبما يؤثر على انتفاع المستورد بالتكنولوجيا (٧١). ولم يضع المشرع المصري جزاء للإخلال بهذا الالتزام ، وإن كنا نعتقد أنه يجوز ابطال العقد إذا أخفى المورد عن المستورد وجود منازعة حقيقية حول التكنولوجيا محل العقد (٧٢).

ومن ناحية ثالثة ، فإن التكنولوجيا - باعتبارها سلعة يتم عادة استيرادها من الخارج - تكون خاضعة للقوانين والإجراءات السائدة في بلد التصدير أي للقانون المحلي للبلد الذي تم منه التصدير. وعليه ، يلتزم المورد بالكشف للمستورد مثلاً عن قيود تصدير الأجهزة والمواد

---

(٧١) بصفة عامة راجع : دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٤ ص ١٢١.

(٧٢) ولقد كان نص مشروع الأكاديمية يلزم المورد بالكشف عن تلك العقبات "وقت التعاقد" ، لذلك فإن نص قانون التجارة أفضل إذ يلزم المورد بذلك خلال مرحلة التفاوض والتعاقد على السواء. وكان نص المادة ٨/ب من مشروع الأكاديمية يجري على النحو الآتي : يلتزم المورد "أن يكشف - وقت التعاقد - عن أية قيود أو عقبات قد تؤثر على الحقوق الناشئة عن التكنولوجيا بما في ذلك أي إجراء رسمي أو قضائي". وراجع كذلك :

Behrman, Comments on Developing Countries on Codes of Conduct ……. .

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٣٩.

الخام للخارج ، وقواعد وإجراءات تحويل العملات الأجنبية ، الرسوم والضرائب والاعفاءات ، وغيرها. كما يلتزم المورد بالافصاح عن أحكام قانونه الوطني في هذا الخصوص ، إذا تضمن هذا القانون أحكاماً من شأنها التأثير على عملية نقل التكنولوجيا لاتحاد العلة في الحالتين (٧٣).

٥ـ التزامات أخرى :

أ ـ الالتزام بتقديم التحسينات :

تنص المادة ٢/٧٧ من قانون التجارة على أنه "**كما يلتزم المورد بأن يعلم المستورد بالتحسينات التي قد يدخلها على التكنولوجيا خلال** مدة سريان العقد **وأن ينقل هذه التحسينات إلى المستورد إذا طلب منه ذلك**". وعليه ، إذا قام المورد بتطوير التكنولوجيا التي يمتلكها أثناء فترة سريان العقد ، كان عليه أن ينقل إلى المستورد هذه التحسينات ، إذا طلب المستورد ذلك (٧٤). ويهدف هذا الالتزام إلى تمكين المستورد من تطوير انتاجه السلعي والخدمي طوال مدة العقد. ولا شك أن تنفيذ هذا الالتزام سيؤدي إلى المساهمة في اكتساب المستورد للتمكن التكنولوجي بالمعنى الفني الدقيق (٧٥).

---

(٧٣) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٦.

(٧٤) ومعنى ذلك أن الالتزام بتقديم التحسينات لابد من النص عليه صراحة في العقد ، ولا يستفاد منه ضمنياً. وراجع المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٧.

(٧٥) وإذا اشترط المستورد في العقد ضرورة قيام المورد بتقديم التحسينات ، فيجب أن يبين العقد بوضوح ما إذا كان المقابل المدفوع للتكنولوجيا يشمل كذلك تلك التحسينات ، أم أن كل -

ب ـ الالتزام بالمحافظة على السرية :

تنص المادة ٢/٨٣ من قانون التجارة على أنه "**وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شروط في العقد ، ويسأل المورد عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية**"٠ وينصرف هذا الالتزام إلى الحالة التي يقوم فيها المستورد بإدخال تحسينات على التكنولوجيا محل العقد [٧٦]٠ فإذا اشترط في العقد أن يقوم المستورد بنقل هذه التحسينات ، لكونها لها قيمة في ذاتها أو لكونها تضيف ميزات إلى التكنولوجيا القائمة ، فإن المورد يلتزم بالحفاظ على سرية هذه التحسينات باعتبارها ملكاً للمستورد ، فلا يجوز للمورد إفشاء سريتها عن طريق الترخيص بها لأشخاص آخرين مثلاً بدون إذن المستورد٠

ثانياً ـ التزامات المستورد :

١ـ الالتزام بأداء المقابل :

تنص المادة ١/٨٢ من قانون التجارة على أن "**يلتزم المستورد بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التي تدخل عليها في الميعاد والمكان المتفق عليهما**"٠ ويعتبر الالتزام بدفع المقابل هو أهم التزام يقع في جانب المستورد في عقود نقل التكنولوجيا، ولذا يحرص الطرفان على تحديده ووضع ضوابطه بإحكام شديد[٧٧]٠ ولا يفوت المورد ، وهو

=تحسين يتم دفع مقابله على حدة٠ راجع الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٨٩.

(٧٦) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٨.

(٧٧) راجع في معايير تقدير قيمة حقوق الملكية الفكرية :

Kari Sipila, Intellectual Property Valuation and Exploitation .... =

الطرف الأقوى والأكثر تجربة ، أن يصر على النص صراحة على تحديد ميعاد أو مواعيد دفع مقابل التكنولوجيا ، وكذلك مكان الدفع وهل سيتم ذلك مثلاً في بلد المستورد أو سيتم في بلد المورد ، وكذلك وسيلة الدفع ، وتحديد أسماء البنوك التي ستتدخل في تنفيذ عمليات تحويل مبالغ المقابل ، وتحديد ضمانات الوفاء بالمقابل ، وغير ذلك من الأمور .

ويتوقف تحديد سعر أو تكلفة أو مقابل التكنولوجيا على عوامل عديدة مثل درجة توازن قوى الطرفين أثناء المفاوضات ، وطبيعة حقوق الملكية الصناعية المراد نقلها ، وهل تتمثل في براءة اختراع أم في شكل معرفة فنية أم في حقوق أخرى ترتبط بها علامات تجارية ، أو نماذج صناعية ، أو أسماء تجارية ؟ وهل توجد تكنولوجيا بديلة ؟ وما مدى درجة التقدم الذي أحرزته التكنولوجيا محل العقد في مجال صناعي معين؟ وما هي الدرجة التي يستطيع المستورد أن ينتفع بالتكنولوجيا محل التعاقد في الانتاج وفي تحقيق عوائد معينة ؟ وما هي طبيعة الترخيص الممنوح للمستورد ، بمعنى هل هو ترخيص استئثاري أو غير ذلك ؟ وما هو عدد المرخص لهم بنفس التكنولوجيا من نفس المورد ، وهل يوجدون جميعاً في مناطق جغرافية قريبة أم بعيدة؟

وتنص المادة ٢/٨٢ من قانون التجارة المصري على أنه "**يجوز أن يكون المقابل مبلغاً اجمالياً يؤدي دفعة واحدة أو على دفعات متعددة، كما يجوز أن يكون المقابل نصيباً من رأس المال المستثمر في**

- المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤ - ٦ ؛ وفي أهمية تحديد المقابل ، أنظر : **الدكتور صالح الطيار** ، العقود الدولية لنقل لتكنولوجيا .... ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٠٧ وما بعدها .

تشغيل التكنولوجيا أو نصيباً من عائد هذا التشغيل". وعليه، يجوز أن يكون المقابل مبلغاً اجمالياً أو جزافياً ***Lump sum***، أو أن يكون نصيباً من رأس المال المستثمر في تشغيل التكنولوجيا أو عائداً من هذا التشغيل. كما لا يوجد ما يمنع من أن يتكون المقابل في جزء منه من مبلغ اجمالي وجزء آخر في شكل عوائد تدرها التكنولوجيا [٧٨].

والمدفوعات الجزافية هي التي تدفع غالباً في حالة نقل حقوق الملكية الصناعية أو التنازل عنها. وهي مدفوعات يجوز تسديدها دفعة واحدة، ولا يوجد ما يحول دون تسديدها على دفعات أو أقساط يدفع بعضها عند إبرام العقد أو بعد ذلك بفترة وجيزة، وعلى أن يتم تسديد الباقي في مواعيد محددة سلفاً. ويتم تقدير هذه المدفوعات كمقابل للتكنولوجيا بناء على عوامل عديدة يأخذها الأطراف في اعتبارهم مثل الحجم التقديري للمبيعات، وندرة التكنولوجيا محل العقد، ومدى فائدتها للمستورد لإعطائه ميزات تنافسية في السوق المحلية أو الدولية، وغير ذلك[٧٩]. وتنص بعض القوانين الوطنية على السماح بدفع ثمن جزافي

---

(٧٨) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة، ص ٣٨؛ دليل التراخيص المعد لصالح الدول النامية، المرجع المشار إليه سابقاً، فقرة ٣٩٩ و ٤٠٠ و ٤٠١ و ٤٠٢ و ٤٠٣ و ٤٠٤ و ٤٠٥، ص ص ٩٥ - ٩٦.

(٧٩) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية، المشار إليه سابقاً، فقرات ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤ ص ص ٩٥ - ٩٦؛ **الدكتور صالح الطيار**، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ص ٢٠٩ - ٢١١؛ **الدكتور محمود الكيلاني**، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التجارة الدولية - دراسة تطبيقية (١٩٨٨) ص ص ٢٦٨ - ٢٧٠.

(أو مقابل اجمالي) للتكنولوجيا في حالة وحيدة فقط هي حالة الترخيص ببراءة الاختراع عن طريق التنازل أو الشراء(٨٠).

أما العوائد فهي تتكون من مدفوعات متتالية. ويتم تقدير تلك العوائد بناء على النتيجة الاقتصادية للتكنولوجيا وتحديد سعر بيع المنتج الذي تستخدم التكنولوجيا في تصنيعه ، والأرباح المتوقع أن يجنيها المستورد(٨١). وقد تتحدد العوائد بنسبة معينة من رقم الأعمال أو من ثمن المبيعات. وقد تزيد هذه العوائد أو تنقص تبعاً لتذبذب أسعار بيع المنتجات أثناء سريان العقد. وقد يشترط في العقد صراحة عدم دفع الفوائد بمجرد الانتاج ، ولكن ربط دفعها بالبيع الفعلي للمنتجات (٨٢). وهذا الشرط أفضل لمستورد التكنولوجيا إذ لا يضطر إلى دفع العوائد بمجرد قيامه بالانتاج ، فيكون بعدئذ تحت رحمة تقلبات السوق فيتحمل عواقبها ومخاطرها وحده ، ودون أي مشاركة من المورد ، وبذلك يتمكن من تجنب خسارة يمكن أن تكون قاسمة. وإذا اتفق على ربط العوائد بالبيع الفعلي للمنتجات ، فإنه يؤخذ عند تقدير تلك العوائد ما إذا كانت المبيعات تحقق أرباحاً وما هو ناتج هذه الأرباح ؟ وإذا تم احتساب معدل العوائد على أساس حجم المبيعات ، فيكون ذلك بنسبة مئوية من سعر بيع المنتج ، وعادة ما يكون هذا هو السعر الاجمالي للبيع والذي يقصد به سعر فاتورة المصنع للمنتجات التي يتم بيعها أو الخدمات التي يتم تقديمها. كذلك قد ينص على احتساب العوائد استناداً إلى صافي سعر

---

(٨٠) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، السابق الإشارة إليه ، ص ٩٥.

(٨١) السابق ، ص ص ٩٦ – ٩٩ ؛ **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التجارة الدولية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٢٧٠ – ٢٧٢.

(٨٢) السابق ، ص ص ٩٦ – ٩٧

البيع بعد خصم تكلفة قيمة بعض عناصر الانتاج أو غير ذلك من المصروفات التي تخصم من اجمالي سعر البيع ، كما قد يتم احتساب العوائد على أساس السعر العادل في السوق ، أو على أساس الأرباح(٨٣).

وقد ينص العقد صراحة على وجوب قيام المستورد بدفع مبلغ معين بحد أدنى (أو ما يطلق عليه العوائد الدنيا *Minimum Revenues*) وبصرف النظر عن نجاح الاستثمار التكنولوجي أو قيام المستورد بتصنيع كميات معينة من المنتج أو بلوغه رقم مبيعات معين أو نصيباً محدداً من الأرباح. وشرط الحد الأدنى من العوائد ليس في مصلحة المستورد وخاصة إذا كان المشروع مازال في بدايته ، إذ قد يتعثر الانتاج ، فيضطر المستورد مع ذلك إلى دفع الحد الأدنى المشروط(٨٤). وفي نفس الوقت، فإن اشتراط احتساب حد أدنى يمثل ضمانة أساسية للمورد وبصفة خاصة في عقود التراخيص الاستئثارية ، إذ قد لا يتيسر للمورد منح تراخيص أخرى وبالتالي يكون اعتماده على مبلغ الحد الأدنى للمقابل المتفق عليه في العقد (٨٥). على أن الحل الوسط الذي قد يرضي الطرفين عند اتفاقهم على ضرورة النص في العقد على حد أدنى لثمن التكنولوجيا هو تحديد العوائد الدنيا وفقاً لجدول سداد تصاعدي يتم حسابه على أساس الانتاج أو المبيعات أو الأرباح خلال مرحلة البدء بالعمل وبحيث تكون المبالغ المدفوعة منه في البداية أقل بكثير مما هو

---

(٨٣) السابق ، ص ٩٧ ، و ص ١٠٠.

(٨٤) في نفس المعنى ، **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٨٣.

(٨٥) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٠٠ - ١٠١.

واجب دفعه في المراحل التالية (٨٦)• ومثال ذلك أن يتم الاتفاق على أن يقوم المورد بدفع حد أدنى قيمته نسبة عشرة بالمائة من اجمالي مقابل التكنولوجيا• فإذا كانت هذه النسبة تساوي مثلاً نصف مليون دولار، فإنه قد يدفع خمسين ألف دولار في كل من السنتين الأولى والثانية ومائة ألف دولار عن كل سنة لاحقة إلى أن يستوفي المورد كامل المقابل•

وقد يكون مقابل التكنولوجيا في شكل عوائد تنازلية أو عوائد تصاعدية حسب الاتفاق بين الأطراف• فمن ناحية أولى ، إذا كان المتفق عليه هو العوائد التنازلية ، فإنها تحسب تبعاً لعدد الوحدات المنتجة أو المباعة• ومن ثمَّ ينخفض معدل العوائد كلما تزايدت الكميات المباعة• ولا ترحب الشركات الدولية بنظام العوائد التنازلية حيث يؤدي إلى تناقص عوائدها عند بلوغ الحد الأقصى من الانتاج ، ومن ثم فقد ترمي هذه الشركات إلى إعاقة أي توسع للمستورد (٨٧)• ومن ناحية ثانية ، فقد يتفق الأطراف على الأخذ في تحديد المقابل بنظام العوائد القصوى ، وبمقتضى هذا النظام يتم إعفاء المستورد من دفع أي فائض إذا كانت قيمة العوائد المسحوبة تبعاً للانتاج أو المبيعات أو الأرباح تتجاوز مبلغاً محدداً (٨٨)• ومثال ذلك أن يكون نصيب المورد من المقابل نسبة توازي عشرة بالمائة من رقم المبيعات على ألا يجاوز في

---

(٨٦) السابق ، فقرة ٤٤٢ ، ص ١٠١.

(٨٧) السابق ، فقرة ٤٤٢ ، ص ١٠١.

(٨٨) السابق ، فقرة ٤٤٤ ، ص ١٠١ . ويذهب جانب من الفقه إلى أن شرط الحد الأقصى ليس في صالح المورد ، وهو إن نفع المستورد لاسيما في حالة نجاح الاستثمار التكنولوجي ، فهو لن يضره• راجع : الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٨٣.

أي حال مبلغ نصف مليون دولار. وعليه ، فإن تحقيق أي زيادة في المبلغ تعود على المستورد وحده دون المورد. ففي المثال الذي ذكرناه ، فلو أن نسبة العشرة بالمائة المتفق عليها كانت توازي في لحظة زمنية مليون دولار طبقاً لرقم المبيعات ، فإن المورد لا يحصل رغم ذلك إلا على نصف مليون دولار فقط على الرغم من أن مبلغ المليون دولار مازال في حدود النسبة المتفق عليها. ولاشك أن شرط الحد الأقصى للعوائد هو شرط في مصلحة المستورد.

ويبدو لنا أنه من الأجدى للدول النامية أن تشترط في عقودها لنقل التكنولوجيا دفع عوائد تفضيلية على مبيعات التصدير ، وبحيث يقوم مورد التكنولوجيا بمساعدة المستورد من الدول النامية على البحث عن أسواق جديدة والأخذ بيده للتصدير والنهوض بالمبيعات في الأسواق الدولية. كما أنه من الأفضل للدول النامية ، وفي المشاريع المشتركة مع موردي التكنولوجيا ، أن يشترط احتساب العوائد على أساس صافي سعر البيع وليس على أساس حجم الانتاج أو اجمالي سعر البيع.

وفي مجال المقارنة بين طريقة الدفع الجزافي والدفع بطريقة العوائد نجد أن لكل منها ميزاته ومثالبه لكل من طرفي العقد [٨٩]. فمن ناحية أولى ، وبالنسبة للمستورد، فإن المبلغ الجزافي قد يعتبر مجزياً من الناحية الاقتصادية إذا كان تسديده على دفعة واحدة يعادل القيمة الفعلية والحقيقية للتكنولوجيا محل العقد. وعليه ، إذا ارتفعت المبيعات بطريقة كبيرة ، فإن نظام المقابل الجزافي يحفظ للمستورد أرباحاً كبيرة عن قيمة

(٨٩) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرات ٤٤٩ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ . ٤٥٢ ، ص ص ١٠٢ - ١٠٣ ؛ **الدكتور صالح بكر الطيار** ص ص ٢٠٩ - ٢١٢

المبيعات ، بعكس الحال فيما لو كان الدفع بطريق العوائد حيث كان المورد سيجني أرباحاً طائلة غير متوقعة ودون مبرر . ومع ذلك قد يكون المقابل الجزافي ضاراً بالمستورد عند عدم بلوغ الانتاج أو المبيعات الحجم المتوقع له ، وبالتالي يكون المبلغ الجزافي المدفوع يفوق القيمة الاقتصادية للتكنولوجيا محل العقد. ومن ناحية ثانية ، وبالنسبة للمورد ، قد يمثل المبلغ الجزافي ميزة من حيث سرعة حصوله على قيمة ثمن التكنولوجيا كاملاً في بداية التعاقد ، وبصفة خاصة عندما تكون التكنولوجيا المنقولة سريعة التغيير والتعديل ، فيتمكن المورد من استرداد قيمتها قبل أن تصبح بالية في السوق الدولي. أضف إلى ذلك ، أن حصول المورد على كامل قيمة المبلغ الجزافي يساعده على توجيه تلك المبالغ لتطوير نشاطه البحثي نحو تكنولوجيا أحدث، وخاصة إذا لم يكن راغباً في تطوير علاقة راسخة مع المستورد. علاوة على أن شرط المقابل الجزافي قد يحمل ميزات ضريبية للمورد ، إذ يعتبر المبلغ المدفوع مقابلاً لسلعة أو لخدمة فيحاسب ضريبياً على هذا النحو ، بينما لو كان الدفع بطريق العوائد ، فمؤدى ذلك خضوع المورد للضرائب على الدخل [٩٠].

وفي كثير من عقود نقل التكنولوجيا قد يتم الجمع بين الطريقتين في تحديد المقابل : المبلغ الاجمالي والعوائد. فقد يتفق الطرفان على قيام المستورد بدفع جزء من المقابل جزافاً عند التعاقد أو بعد فترة من التعاقد وذلك مقابل الكشف عن المعلومات التكنولوجية التي تمكن المستورد من تقييم التكنولوجيا. وتختلف قيمة هذا الجزء بصورة كبيرة

---

(٩٠) د. ... التراخيص لمعد لصاح البلاد النامية ، سابق ، ص ص ١٠٢ – ١٠٣.

تبعاً لإختلاف أشكال وأنماط التكنولوجيا ، حيث تتراوح بين دفع مبلغ ضئيل مقابل إبلاغ المعلومات الفنية الأولية ، أو مبلغ ضخم مقابل التكنولوجيا في صورتها النهائية بما تتطلبه من البحث والدراسة والتطوير . وفي نفس الوقت ، قد يلزم العقد المستورد بدفع مبالغ أخرى في صورة عوائد عن نسب معينة من المبيعات مثلاً [٩١].

وعلاوة على ما يدفعه المستورد كمقابل للتكنولوجيا قد يلزم العقد المستورد بدفع مبالغ معينة عبارة عن أتعاب نظير تقديم المورد للخدمات والمساعدات التقنية المرتبطة ببراءة الاختراع أو الدراية العملية أو المعرفة الفنية مثل مصروفات تدريب العاملين المحليين ، ومصروفات إرسال خبراء المورد إلى موقع العمل ، ومصروفات الخدمات الإدارية والبحث والتطوير ، ومصروفات الخدمات التقنية المتعلقة بالسلع الانتاجية الضرورية في المنشأة الصناعية التابعة لمستورد التكنولوجيا مثل إعداد الرسومات والمواصفات والعطاءات وغير ذلك من المستندات وكذلك مصروفات تركيب وتشغيل وصيانة التجهيزات والمعدات أو غير ذلك من الأجهزة [٩٢].

---

(٩١) السابق ، ص ١٠٣. ويرى البعض - بحق - أن المقابل المالي المدفوع يتعين أن يكون في جميع الأحوال متناسباً مع التكنولوجيا المتقدمة. وتقدير هذا التناسب مسألة صعبة ودقيقة. ويرجع ذلك بصفة أساسية إلى عدم وجود سوق دولي للتكنولوجيا يتحدد من خلاله أسعار التكنولوجيا. كما أن الوصول إلى هذا التناسب يكاد يكون أمراً مستحيلاً في ظل احتكار الشركات الدولية المالكة للمعارف الفنية والتي تملي أسعار التكنولوجيا على المشروعات المستوردة في الدول النامية. راجع بصفة خاصة: **الدكتور حسام محمد عيسى** ، نقل التكنولوجيا - دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، فقرة ١٢ وما بعدها.

(٩٢) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، ص ص ١٠٥ - ١٠٧

ومن المسائل الهامة المرتبطة بمقابل التكنولوجيا مسألة تحديد العملة الحسابية المستعملة في حساب التزامات الدفع ، وكذلك اختيار العملة المستعملة للوفاء بهذه الالتزامات ، وقد تكون العملة الحسابية هي أيضاً عملة الدفع. ويجوز أن تكون العملة الحسابية للمقابل الجزافي للتكنولوجيا هي عملة بلد المستورد أو عملة بلد المورد أو أي عملة لأي بلد آخر. وبالنسبة لمبالغ العوائد ، فيجوز أن يتم حسابها وفقاً لعملة البلد الذي يتم فيه الانتاج أو عملة أي بلد آخر ، وذلك فيما إذا كانت العوائد ترتبط بحجم الانتاج وليس بسعر الوحدة المبيعة. أما إذا ارتبطت العوائد بالمبيعات نفسها ، فعادة ما تكون العملة الحسابية هي عملة البلد الذي تتم فيه المبيعات. أما إذا كانت المبيعات معدة للتصدير ، فإنه يجوز اختيار عدة عملات هي عملات البلاد التي يتم التصدير إليها. وبالنسبة لمصروفات المساعدة الفنية مثل مصروفات تدريب العاملين، فإنه يتم اختيار عملة البلد التي ينتمي الخبير بجنسيته إليها أو عملة البلد الذي تؤدى فيه الخدمات ، وقد يدفع جزء من تلك المصروفات بعملة بدل مستورد التكنولوجيا إذا تعلق هذا الجزء بمصروفات إقامة خبراء المورد مثلاً في بلد المستورد (٩٣).

أما بالنسبة لعملة الدفع ، أي تلك العملة التي تحول إليها قيمة الالتزامات ، فقد تكون كما ذكرنا سلفاً هي نفس العملة الحسابية ، ولكن رضاء المورد بذلك رهن أمور عديدة مثل معدلات التضخم ، سعر الصرف ، مدى استقرار تلك العملة في سوق النقد العالمي ، والقوانين الضريبية والمالية وغيرها. وعادة ما ينص عقد نقل التكنولوجيا نفسه

---

(٩٣) السابق ، ص ص ١١٠ - ١١١.

على أنه إذا لم تكن عملة الدفع المختارة هي نفسها العملة الحسابية ، فإن سعر التحويل يكون هو المذكور في العقد أو في أحد ملاحقه ، وقد يكون هذا السعر هو السعر الرسمي الذي تحدده سلطات النقد المحلية أو الدولية، أو متوسط هذه الأسعار أو أي سعر تجاري يطبقه مصرف تجاري وطني أو أجنبي. وبصفة عامة ، ينبغي على مورد التكنولوجيا الانصياع مع الأحكام والشروط المنصوص عليها في أنظمة تحويل العملات الأجنبية السائدة في بلد المستورد والتي تقررها السلطات المالية المحلية (٩٤).

وليس من النادر أن تصر الشركات الدولية في عقود نقل التكنولوجيا مع المشروعات المستوردة في الدول النامية على إضافة شرط الثبات التشريعي بالنسبة للجوانب المالية للعقد حتى يمكن تفادي التغيير والتبديل في تشريعات بلد مستورد التكنولوجيا. ولا شك أن هذا الشرط يؤخذ في الاعتبار عند تقدير قيمة المقابل الذي يتعين الوفاء به للمورد. كما تعتبر الضرائب من أهم المسائل التي يراعيها الأطراف عند تحديد المقابل. فعادة ما يشترط المورد حصوله على مقابل التكنولوجيا خالصاً من كافة الأعباء المالية في بلد المستورد بما فيها الضرائب والمصروفات الأخرى مثل مصروفات إعداد وتوثيق العقد والرسوم الجمركية على الآلات والأجهزة والمواد الخام المستوردة واللازمة للانتاج ، وغير ذلك (٩٥).

---

(٩٤) السابق ، ص ص ١١١ - ١١٢ ؛ وبصفة عامة راجع :

الدكتور نعيم عطية ، التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية - ضمان الاستحقاق (دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة النشر) ص ص ٩ - ١٠.

(٩٥) السابق ، ص ص ١١٢ - ١١٣.

كما تنص المادة ٣/٨٢ من قانون التجارة على انه "**ويجوز أن يكون المقابل كمية معينة من السلعة التي تستخدم التكنولوجيا في انتاجها أو مادة أولية ينتجها المستورد ويتعهد بتصديرها إلى المورد**"٠ وعليه ، فقد أجاز المشرع المصري نوعاً من المقابل معروفاً على المستوى الدولي في عقود نقل التكنولوجيا ، وهو المقابل العيني٠ إذ يتعهد المستورد بأن يقوم بتوريد كمية معينة من السلع التي تستخدم التكنولوجيا في انتاجها كنسبة معينة من الانتاج يجد الطرفان أنها تساوي مقابلاً عادلاً للتكنولوجيا محل العقد٠ كما يجوز أن يكون هذا المقابل في صورة مادة أولية يحوزها أو يستخرجها أو ينتجها المستورد ويحتاج إليها المورد مثل القطن أو نوع معين من المعادن أو غير ذلك [٩٦]٠

والحقيقة أنه قد يكون هناك نفع للمستورد من استخدام أسلوب المقابل العيني لدفع ثمن التكنولوجيا المنقولة ، إذ لا يضطر إلى دفع مبالغ نقدية معينة إلى المورد وخاصة إذا كان في بداية عهده بالانتاج أو كان يفتقر إلى السيولة أو العملة الأجنبية ، علاوة على أن هذا الأسلوب يضمن للمستورد إلى حد كبير كفاءة التكنولوجيا المنقولة إذ يزداد حرص المورد على نوعية وحجم الانتاج ترقباً لزيادة نصيبه في المقابل العيني المتفق على حصوله عليه٠ ومع ذلك ، فإن نفس الميزة قد لا تتحقق في حالة ما إذا كان المقابل العيني يقتصر على المواد الخام التي يحصل عليها المورد من المستورد حيث لا يوجد للمورد ذات الدافع على ضمان

---

(٩٦) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٨ ٠ **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود نقل تكنولوجيا في مجال التجارة الدولية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٢٧٣ - ٢٧٤

التكنولوجيا المنقولة اللهم إلا إذا كانت المادة الخام ذاتها هي التي تستخدم في الانتاج (٩٧).

٢- الالتزام بالسرية :

تنص المادة ٨٣/١ من قانون التجارة على أن "**يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها ، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك**".

ولمّا كانت السرية هي جوهر التكنولوجيا المتمثلة في المعرفة الفنية ، فقد حرص المشرع المصري على انعقاد مسئولية المستورد عن قيامه بإفشاء تلك السرية، إذ أنه بذلك يلحق ضرراً كبيراً بالمورد لانهيار التكنولوجيا التي ذاعت أسرارها ، فأصبحت معروفة للمتخصصين في الفن الصناعي بحيث يمكنهم استغلالها دون الرجوع إلى المورد باعتباره مالكها الأصلي (٩٨). ومن ثمَّ ألزم القانون المستورد بتعويض المورد

---

(٩٧) **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٨٤ - ٨٥.

(٩٨) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٨ ؛ وراجع بصفة عامة :

Bertram I. Rowland, Trade Secrets and Know How Licensing: Contracts for Secrecy as to Negotiation Dislosures, (Published in Domestic and Foreign Technology Licensing ed. Tom. Arnold, 1984) pp. 721 - 731.

وفي الفقه العربي ، راجع : **الدكتور يوسف عبدالهادي خليل الأكيابي** ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٢٢١ - ٢٢٥ ، **والدكتور محمود**

عن الأضرار التي تلحق به بسبب الإخلال بواجب عدم إذاعة سر الابتكار • وقد يصل التعويض الذي يحكم به في هذه الأحوال إلى مبالغ كبيرة ، تراعي المحكمة عند تقديرها قيمة التكنولوجيا محل العقد في السوق والأموال التي أنفقها المورد في سبيل اكتشافها وتطويرها وكذلك كسبه الفائت فيما لو كانت السرية قائمة وكان بمقدوره الاستمرار في استثمار ما يملكه من أسرار تكنولوجية•

كما يراعى أن المشرع المصري ألزم المستورد بتعويض المورد في حالة إذاعة سر الابتكار ، سواء وقع ذلك خلال مرحلة التفاوض السابقة على إبرام العقد أو بعد ذلك• وعليه ، يلتزم المستورد بالمحافظة على السرية خلال مرحلة المفاوضات وبعدها ، وسواء تم إبرام العقد أم لم يتم• فلا يقتصر التزام المستورد بتعويض المورد، لإفشاء السرية ، على مرحلة تنفيذ العقد ، بل يمتد هذا الالتزام إلى الحالة التي تفشل فيها المفاوضات بين الطرفين وعدم إبرام العقد (٩٩).

ويثور التساؤل عن الأساس القانوني لإلتزام المستورد بالتعويض في حالة إخلاله بواجب الاحتفاظ بالسرية• في الواقع تنبغي التفرقة بين فرضين : الفرض الأول ، وهو يتعلق بالحالة التي يحصل فيها الإفشاء في مرحلة التفاوض• وينبغي التفرقة في هذه الحالة بين ما إذا كان المورد قد حصل على تعهد مكتوب من المستورد بعدم الإفشاء أم لا•

الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دراسة تطبيقية (١٩٨٨) ص ص ٢٧٦ - ٢٨٢.

(٩٩) الدكتورة سميحة القليوبي ، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ١٤

فإذا حصل المورد على ذلك التعهد ، فإنه يمكن القول بأن أساس المسئولية تعاقدي ، وأن الإخلال بالتعهد المكتوب هو الذي يثير المسئولية. وإذا لم يتم الحصول على هذا التعهد ، فليس معنى ذلك تنصل المستورد من المسئولية عن الإفشاء ، إذ يظل المستورد مسئولاً ولكن على أساس المسئولية التقصيرية أو ما يطلق عليها باللغة الإنجليزية ***Tort liability*** ، ويستند التزام المستورد بعدم الإفشاء ، في حالة غياب التعهد المكتوب ، إلى علاقة الثقة ***Confidential relationship*** التي نشأت بين الطرفين خلال المفاوضات والتي بناء عليها قام المورد بالبوح للمستورد بجانب من أسرار التكنولوجيا التي يمتلكها ، وأن إخلال المستورد بهذه الثقة هو الذي يرتب مسئوليته. أما الفرض الثاني ، فهو يتعلق بالإخلال بالالتزام بالمحافظة على السرية بعد ابرام العقد ، ولاشك أن المستورد يكون مسئولاً في هذا الفرض على أساس الإخلال بالعقد ذاته (١٠٠). وعلى أي الأحوال ، فإنه طبقاً لقانون التجارة المصري الجديد ، فإن التزام المستورد بالتعويض لإخلاله بالمحافظة على السرية أصبح يجد مصدره في نصوص القانون ذاته.

والحقيقة أن المشروع الدولي ، باعتباره مورداً للتكنولوجيا، يحرص – دفعاً لأي شك حول حماية سرية التكنولوجيا – على تضمين عقده مع المستورد شرطاً صريحاً يقضي بالتزام هذا الأخير بالحفاظ على السرية سواء في مرحلة التفاوض أو بعد إبرام العقد. وعادة ما يتضمن هذا الشرط الصريح نطاق الالتزام بالسرية من حيث الأشخاص

---

(١٠٠) أنظر بحثنا بعنوان فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها ، المشار إليه سابقاً ، وخاصة المبحث الثاني منه بعنوان الأساس القانوني لحماية المعرفة الفنية من ص ١٠١ إلى ص ١٤٥.

الذين يشملهم فرض هذا الالتزام ، وبحيث يشمل العاملين في مشروع المستورد وخاصة خبرائه المحليين ومهندسيه ، ومما يضطر المستورد إلى تضمين عقود العمل مع هؤلاء الأشخاص اتفاق بعدم الإفشاء ***Non-disclosure agreement***• ويكون هذا الاتفاق في شكل شرط في عقد العمل ذاته ، أو بوثيقة مستقلة ملحقة به• كذلك قد يأخذ الشرط الصريح بعدم الإفشاء شكل إلزام المستورد بعدم القيام بالترخيص للغير بالتكنولوجيا ، دون الرجوع إلى المورد نفسه ، أي حظر الترخيص من الباطن• بل إن المورد قد يبالغ في الحرص على المحافظة على سرية التكنولوجيا، فيضع شرطاً في العقد يملي على المستورد وعلى العاملين لديه الالتزام بالسرية حتى بعد انتهاء مدة عقد نقل التكنولوجيا (١٠١)• ويحسن في هذه الحالة أن تتحدد بشكل واضح تلك المدة حتى لا يسلط الالتزام بالمحافظة على السرية على رقبة المستورد إلى ما لا نهاية(١٠٢)•

ومع هذا ، فإن خلو العقد من شرط أو نص صريح بإلزام المستورد بالحفاظ على السرية لا يحرم المحكمة من تعويض المورد على أساس أن عقد نقل التكنولوجيا من العقود التي تبنى على الاعتبار الشخصي وأن تنفيذ العقد بحسن نية وكذلك النية المشتركة للطرفين التي تظهر من بنود العقد بصفة عامة يرجحان استخلاص شرط ضمني بإلزام المستورد بعدم الإفشاء• وفي بعض القوانين الأجنبية كالقانون

---

(١٠١) السابق ، ص ص ٦٣ - ٦٥.

(١٠٢) وبصفة خاصة يجب على الطرفين في العقد تنظيم أداء المقابل في حالة زوال السرية بفعل غير جع بن المستورد من حيث تخفيضه أو حتى انقضاء الالتزام بأدائه. أنظر في ذلك : **الدكتور محسن شفيق** . نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٨٧.

الأمريكي تتأسس مسئولية المستورد عن الإفشاء ، عند غياب شرط صريح بعدم الإفشاء ، على نظرية العقد الضمني ، سواء العقد الضمني في الواقع *Contract implied in fact* ، أو العقد الضمني وفقاً للقانون *Contract implied in law*(١٠٣).

وإذا كان المستورد يلتزم بالحفاظ على السرية في مرحلة المفاوضات وطوال تنفيذ العقد ، فإن عليه أن يتنبه لحماية نفسه عند زوال سرية التكنولوجيا لسبب غير راجع إلى خطأ منه. ذلك أنه بزوال السرية يكون الالتزام بدفع مقابل لتكنولوجيا غير محمية قد صار بدون أي مبرر . ومن ثمَّ ينبغي على المستورد التيقظ وذلك بالحرص على صياغة بند في العقد يحرره من أي التزام بدفع المقابل إذا ما انهارت سرية التكنولوجيا لسبب غير عائد إليه.

٣- التزامات أخرى :

أ- الالتزام باستخدام عاملين مهرة :

تنص المادة ٧٩ من قانون التجارة على أن "**يلتزم المستورد بأن يستخدم في تشغيل التكنولوجيا عاملين على قدر من الدراية الفنية وأن يستعين كلما لزم الأمر بخبراء فنيين ، على أن يكون اختيار هؤلاء العاملين أو الخبراء من المصريين المقيمين في مصر أو في الخارج كلما كان ذلك متاحاً** ".

---

(١٠٣) الدكتور جلال وفاء محمدين ، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها ، المشار إليه سابقاً، ص ص ١٢٩ - ١٣١.

ويهدف المشرع من وراء إلزام المشروع المصري المستورد باستخدام عاملين وفنيين أكفاء الحفاظ على جودة الانتاج ، واستغلال التكنولوجيا المنقولة إلى أقصى درجة ممكنة حتى تؤتي ثمارها وعوائدها المرجوة. أضف إلى ذلك ، أن هذا الالتزام يساعد على تعميق فكرة اكتساب التمكن التكنولوجي. فاستخدام المستورد لعمال على درجة من الدراية الفنية والاستعانة بخبراء فنيين من شأنه المساعدة على سرعة تلقي التكنولوجيا وتطبيقها وربما تطويرها (١٠٤). على أن الزام المستورد المصري باستخدام عمال على قدر من الدراية وخبراء فنيين "لا يعني مطلقاً إعفاء المورد من التزامه الرئيسي بتقديم المساعدة الفنية، وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب لأن الهدف الأساسي من نقل التكنولوجيا هو ايجاد الخبرة المحلية النادرة ومن ثمَّ لا يستطيع المورد الاحتجاج بنص المادة ٧٩ ، للتنصل من التزامه بالتدريب ونقل الخبرة أو للتنصل من المسئولية الناتجة عن إخلاله بهذا الالتزام ، بما قد يؤدي إليه ذلك من عجز الطرف المورد عن تشغيل التكنولوجيا بحجة أن المستورد لم يستخدم خبراء فنيين ، وإلا كان معنى ذلك إفراغ التنظيم القانوني لنقل التكنولوجيا كله من محتواه ومضمونه" (١٠٥). وحرصاً على اكتساب التكنولوجي ، فلقد ألزم المشرع المستورد بأن يكون اختياره للخبراء الفنيين من المصريين المقيمين في مصر أو من المصريين الموجودين في الخارج كلما كان ذلك متاحاً.

---

(١٠٤) أنظر في انتقاد المادة ٩/أ من مشروع الأكاديمية ، والمقابل لنص المادة ٧٩ من قانون التجارة ، الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، ص ص ٨٦ – ٨٧.

(١٠٥) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ص ٣٧ – ٣٨.

ب- إطلاع المورد على الأحكام القانونية لاستيراد التكنولوجيا :

تنص المادة ٨٠ من قانون التجارة على أن "**يلتزم المستورد بأن يطلع المورد على أحكام التشريعات الوطنية المتعلقة باستيراد التكنولوجيا**"· فيلتزم المستورد بإطلاع المورد على أحكام القانون المصري ، فيما يخص القواعد المنظمة لنقل التكنولوجيا واستيرادها· وبصفة خاصة ، يجب على المستورد تبصير المورد بأنواع التكنولوجيا المحظور استيرادها وبتلك الأنواع التي تحظرها مثلاً قوانين البيئة ، وكذلك المواصفات التي يشترط توافرها في التكنولوجيا المستوردة ، ونسبة المكون المصري إلى المكون الأجنبي ، والمواد الخام المحظور استخدامها واستيرادها ، وقوانين الجمارك والقوانين المنظمة لتحويل العملات ، وغيرها [١٠٦]·

جـ الالتزام بعدم الترخيص من الباطن :

تنص المادة ٨١ من قانون التجارة على أنه "**لا يجوز للمستورد النزول للغير عن التكنولوجيا التي حصل عليها إلا بموافقة موردها**"· والحقيقة أن المشرع المصري بتقريره هذا النص لم يفعل شيئاً أكثر من تقنين الشرط الذي يتم إدراجه غالباً في جميع عقود نقل التكنولوجيا أياً كان شكل التكنولوجيا موضوع العقد وسواء تمثلت في براءة اختراع أم معرفة فنية أو غيرها من أشكال الملكية الصناعية· ذلك أن عقود نقل التكنولوجيا باعتبارها من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي تقتضي النظر إلى الطرف الآخر في العقد ، ولعل مالك التكنولوجيا هو الأقدر

---

(١٠٦) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٨

على تحديد الشخص الذي تنقل إليه المعلومات التكنولوجية أو يصرح له باستخدامها ، بمعنى أن يكون للمورد باعتباره مالكاً للتكنولوجيا الكلمة الأخيرة في تحديد منْ يتم له الترخيص بالتكنولوجيا وبحيث يمتنع على المستورد أو المرخص له إعادة الترخيص بها أو التنازل عنها لشخص آخر بدون سابق الحصول على موافقة المورد [١٠٧].

وتظهر أهمية هذا النص بصفة خاصة عندما تكون التكنولوجيا في شكل معرفة فنية تتميز بالسرية. فيعد التزام المستورد بعدم النزول للغير عن التكنولوجيا امتداداً طبيعياً لالتزامه بالسرية التي نصت عليها المادة ٨٣ من القانون. ويرى جانب من الفقه أنه إذا كان إدراج شرط السرية في عقود نقل التكنولوجيا يقصد منه الاحتفاظ بالاحتكار التكنولوجي ، فقد كان يتعين أن يقتصر دور المشرع المصري على مجرد وضع الضوابط التي تكفل ممارسته في إطار المصلحة العامة وليس تقنين هذا الشرط. ومعنى ذلك أن قصر استخدام التكنولوجيا على المستورد دون غيره من شأنه حرمان المشروعات الوطنية الأخرى في مصر من استعمال ذات التكنولوجيا ، وبما يعني أن مشروعاً وطنياً آخراً عليه أن يستورد ذات التكنولوجيا بأعباء مالية جديدة ، وبما يشكل أعباء مالية ضخمة على الاقتصاد القومي ، ولا يؤدي إلى اكتساب مصر

---

(١٠٧) ولكن يجدر القول إن المورد نفسه قد يرحب بالترخيص من الباطن لاسيما إذا ما توافرت له ضمانات معينة مثل استمرار المرخص له في دفع مقابل التكنولوجيا مع نسبة معينة من المقابل في عقود الترخيص من الباطن مع تعهد المرخص لهم من الباطن بالحفاظ على سرية التكنولوجيا. راجع: دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، ص ١١٧ ؛ وبصفة في مسألة الترخيص من الباطن . راجع الدكتور يوسف عبدالهادي خليل الأكيابي ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ص ص ١٥٨ - ١٦١.

للتمكن التكنولوجي (١٠٨)· وعلى العكس من ذلك ، فإن بعض الدول النامية الأخرى نصت في تشريعاتها الوطنية لنقل التكنولوجيا على حرية الطرف الوطني المستورد في الترخيص من الباطن للتكنولوجيا لأي طرف وطني آخر ووفقاً لذات الشروط المتفق عليها فيما بين كل الأطراف بما فيها الطرف الأجنبي مع الحصول على موافقة الحكومة على تلك الشروط· وعليه ، ووفقاً للرأي السابق كان من الواجب أن يقتصر أثر الشرط القاضي بعدم الترخيص من الباطن على حرمان المستورد الوطني من القيام بذلك لمشروع أجنبي آخر (١٠٩)·

والحقيقة إن الرأي السابق ، وإن كان يتميز بالروح الوطنية ، إلا أن النتيجة التي يرنو إليها قد يكون صعباً بلوغها · فمن جهة أولى ، فإنه لو تم السماح للمشروع الوطني المستورد بالقيام بالترخيص من الباطن إلى مشروعات أخرى وطنية ودون الحصول على إذن المورد ، فمن شأن ذلك أن يبالغ هذا الأخير في تقدير قيمة مقابل التكنولوجيا الذي يتعين على المستورد أداءه لتعويض فرصته في القيام بإعادة الترخيص لمشروعات وطنية أخرى ، وبما يعني زيادة كلفة نقل التكنولوجيا إلى حد كبير وتحميل الاقتصاد القومي بهذا العبء ، ومن ثمَّ تنهار حجة

---

(١٠٨) **الدكتور حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ٩٠.

(١٠٩) ومثال ذلك القواعد الارشادية التي وضعتها الحكومة الهندية لكي تهتدي بها المشروعات المختلفة عند ابرام عقود نقل التكنولوجيا· أنظر **الدكتور حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، السابق الإشارة إليه ، ص ص ٩٠ - ٩١ . ولكن يلاحظ أن هذا المثال وكذلك النص الذي تم الاستشهاد به لا يعدو عن كونه مجرد قاعدة إرشادية وضعتها الحكومة الهندية وليس نصاً قانونياً ملزماً.

الرشادة الاقتصادية لنقل التكنولوجيا المقول بها. ومن جهة ثانية ، فالقول بأن قصر استخدام التكنولوجيا على المشروع المستورد أي المرخص له الأصلي من شأنه حرمان المشروعات الوطنية الأخرى التكنولوجيا وبما يؤدي إلى إعاقة اكتساب التمكن التكنولوجي هو قول مبالغ فيه ، ذلك أن تلك المشروعات يمكنها الحصول على تراخيص من ذات المورد بنفس شروط الترخيص الأول ، وربما بشروط أفضل. وعليه ، فإن أي مشروع يتم الترخيص له من الباطن سيلتزم بدفع مقابل للتكنولوجيا يعادل على الأقل ما دفعه المستورد المرخص له الأصلي. صحيح أن هذا المقابل الذي يدفعه المرخص له من الباطن سيكون من نصيب الاقتصاد القومي على أساس سداده للمستورد الأصلي ، ومن ثمَّ لا تكون هناك أعباء خارجية على الاقتصاد القومي ، إنما هذا لا يعني مطلقاً أن الترخيص من مشروع وطني إلى مشروع وطني آخر سيؤدي إلى اكتساب التمكّن التكنولوجي لأن تعدد التراخيص في حد ذاته لا يؤدي إلى حصول هذا التمكّن. فإذا لم يكن المستورد (المرخص له الأصلي) قد اكتسب فعلاً التكنولوجيا بموجب عقد الترخيص له من المورد ، فبماذا يرخص إذاً ؟ وهل فاقد الشيء يعطيه ؟ وعلى العكس من ذلك ، إذا كان المستورد قد اكتسب التكنولوجيا فعلاً من موردها الأجنبي ، فإنه لا محل لأي جدل حول هذه المسألة أصلاً.

ثالثاً ـ جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد نقل التكنولوجيا (١١٠):

عقد نقل التكنولوجيا من العقود المستمرة التي يتراخى تنفيذها زمنياً. لذلك قد يحدث أثناء سريان العقد أن يمتنع أحد الطرفين عن تنفيذ كل أو بعض التزاماته الجوهرية الناشئة بموجب العقد. وإذا لم تفلح الوسائل السلمية لحث الطرف المقصر على الوفاء بالتزاماته ، جاز للطرف الآخر طلب الفسخ مع التعويض ، إن أمكن. وقد يختلف الوضع بحسب ما إذا كان المتخلف عن تنفيذ الالتزامات العقدية هو المورد أم المستورد وعلى النحو الآتي :

(أ) الجزاءات في مواجهة المورد :

١ـ عدم تنفيذ الالتزام بنقل التكنولوجيا :

يعد المورد متخلفاً عن تنفيذ العقد إذا لم يقم بأداء التزاماته الجوهرية وخاصة فيما يتعلق منها بنقل المعلومات الفنية وتقديم المساعدة التقنية إلى المستورد (١١١).

---

(١١٠) راجع بصفة خاصة في هذا الموضوع :

الدكتور محمود الكيلاني ، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا (رسالة دكتوراة – جامعة القاهرة – ١٩٨٨) ، وكذلك لنفس المؤلف : عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا – دراسة تطبيقية (١٩٨٨).

(١١١) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٥٧ ، ص ١٢٠ وفقرات ٥٥٨ ، ٥٥٩ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٢ ، ٥٦٣ ، ص ص ١٢٠ – ١٢١

وفي هذه الحالة ، يجوز للمستورد - طبقاً للقواعد العامة - أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى (١١٢). وغالباً ما تنص عقود نقل التكنولوجيا على إعمال هذا الجزاء مع حق المستورد في استرداد أية مدفوعات يكون قد أداها إلى المورد (١١٣). أما إذا لم يكن هناك شرط صريح في العقد يخول المستورد حق الفسخ التلقائي ، فإن القاضي قد يرى - بدلاً من إعمال الفسخ القضائي - إعطاء المورد مهلة معينة لتمكينه من أداء الالتزام مع تعويض المستورد عن التأخير الحاصل بسبب ذلك. وفي كل الأحوال لا يمكن إعمال الجزاء في مواجهة المورد إلا إذا كان هو نفسه المتسبب في الإخلال بالعقد (١١٤).

---

(١١٢) **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٩٤ ؛ ويلاحظ أن تخلف المورد عن تسليم التكنولوجيا قد يتحقق غالباً في عدم مطابقتها لما هو متفق عليه في العقد ، ومعيار هذه المطابقة يكون بالنظر إلى الكفاءة الكلية للتكنولوجيا و "بما يعني مطابقة كافة عناصر المعرفة الفنية على نحو تؤكد فيه هذه العناصر تحقيق النتيجة المطلوبة ، وأن أهمية المطابقة تكمن في أن عدم المطابقة يؤدي إلى تقويض العقد لأن المورد لم يسلم المعرفة الفنية على نحو ما تم الاتفاق عليه ، وهو بالنتيجة يتحمل مسئولية عدم تنفيذ التزامه بالتسليم ". أنظر **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ص ٣٣٤. وقد يتخذ التعويض أشكالاً عديدة كالتعويض النقدي ، وفي عقود نقل التكنولوجيا على المستوى الدولي ، فإن المستقر عليه أن هذا التعويض يجبر الضرر المباشر ، وقد يكون التعويض عينياً وذلك كالزام المورد مثلاً بإصلاح العيب في التكنولوجيا على نفقته ، وقد يكون التعويض عن طريق شراء بديل وهذا التعويض مزيج بين التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل. أنظر **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود نقل التكنولوجيا .... ، المشار إليه ص ص ٤٧٠ - ٤٧١ و ٤٧٤ - ٤٧٥ و ٤٨١ - ٤٨٤.

(١١٣) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، فقرة ٥٥٨ ، ص ١٢٠.

(١١٤) **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٩٤ - ٩٥.

٢ـ التأخير في تنفيذ الالتزام :

عادة ما ينص العقد على تعويض المستورد إذا تأخر المورد في تنفيذ التزامه بنقل التكنولوجيا ، وذلك بشرط صريح يربط التعويضات عن التأخير بمدة ذلك التأخير • ويستفيد المورد من هذا الشرط ، إذ أنه بمجرد حصول التأخير فإنه يستحق التعويض ، ودون الحاجة إلى قيامه بإثبات قيمة الأضرار الحاصلة [١١٥]•ولا شك أن من شأن اتباع هذا الأسلوب تجنيب المستورد الدخول في متاهات اثبات قيمة ما أصابه من خسائر فعلية• وقد ينص العقد على الأسلوب الذي يتحدد به التعويض عن التأخير ، ويكون ذلك إما على أساس معدل يومي ثابت عن كل يوم يتأخر فيه المورد عن تنفيذ التزامه ، أو على أساس نسبة مئوية معينة من سعر فاتورة العناصر المرتبطة بالتكنولوجيا التي تم التأخير في تنفيذها [١١٦]•

وقد يحرص المورد على النص صراحة في العقد على حد أعلى للتعويض الذي يلتزم به في حالة التأخير بحيث لا يدفع غيره ، حتى ولو تجاوزت الأضرار الفعلية الحاصلة للمستورد حدود ذلك المبلغ [١١٧]• وهذا شرط جائز • ولذلك ينبغي على مستورد التكنولوجيا عدم الموافقة

---

(١١٥) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٠ ، ص ١٢١.

(١١٦) السابق ، فقرة ٥٦١ ، ص ١٢١

(١١٧) السابق ، فقرة ٥٦١ ، ص ١٢١ • وفي نفس المعنى . الدكتور **محسن شفيق** . نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٩٥

عليه ، كلما أمكن ، حتى لا يضيع عليه حق الحصول على تعويض كافة الأضرار الحاصلة بسبب التأخير .

٣- عدم تحقيق النتائج المطلوبة :

إذا نص العقد على التزام المورد بتحقيق النتائج المرجوة ولم يتمكن من ذلك ، كان للمستورد أن يطلب الفسخ مع التعويض . وعادة ما يتم النص على التعويضات المناسبة في العقد ، أو على الأقل يتم النص على أسس تحديدها [١١٨] .كما قد ينص العقد نفسه ، أو اتفاق لاحق ، على منح المورد مهلة معينة لكي يتمكن من الوفاء بالتزامه وتحقيق نتائج التكنولوجيا وإصلاح العيب الذي عطل تنفيذ هذا الالتزام [١١٩]. فإذا لم يستطع المورد خلال تلك المهلة رأب الصدع ، استعاد المستورد حقه في الفسخ والتعويض ، ولكن بشرط أن يكون عدم تحقيق النتائج المرجوة راجعاً إلى المورد نفسه [١٢٠]. ويتم تقدير التعويض في تلك

---

(١١٨) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٢ ، ص ١٢١.

(١١٩) وقد يكون ذلك عن طريق منح المورد فرصة بإجراء تجارب للتشغيل للوصول إلى المعدلات المطلوبة بواسطة المعدات أو المنشآت الصناعية المعنية ، وبالتالي يمكن أن يتحدد التعويض وفقاً لدرجة فشل المورد في تنفيذ تعهداته. راجع: دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، السابق الإشارة إليه ، فقرة ٥٦٢ ص ١٢١. وقد جرى العرف في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا على إعذار الطرف الذي أخل بالتزاماته التعاقدية مع إعطائه مهلة لتصحيح الأمر قبل ممارسة حق الفسخ، فإن انقضت المهلة اعتبر العقد مفسوخاً ، ويراعى لكي يقع الفسخ أن يكون الالتزام الذي تم الإخلال به جوهرياً وأن تكون المهلة الممنوحة كافية لتدارك الوضع وتصحيحه. راجع بصفة خاصة: **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٩٥

(١٢٠) **الدكتور محمود الكيلاني** ، المرجع السابق في ص ص ٤٩٥ - ٤٩٦ ، حيث يرى أن أسباب فسخ عقود نقل التكنولوجيا عادة ما ترجع إلى أحد أو بعض الأسباب الآتية:

الأحوال بحسب نسبة عدم تحقيق النتائج (١٢١). فمثلاً إذا عجز المورد عن تحقيق الانتاج بالمعدلات التي ينص عليها العقد ، فإن قيمة التعويضات تتحدد تبعاً لدرجة فشل المورد في تنفيذ التزاماته. أما إذا أثبت المورد أن عدم تحقيق النتائج التي نص عليها العقد يعود إلى المستورد ، فلا تثريب على المورد ، ومن ذلك قيام المورد بإثبات أن عدم تحقيق النتائج لا يعود إلى الآلات والأجهزة أو طريقة الصنع أو ذاتية المعارف التكنولوجية المنقولة ولكن إلى سوء تشغيل المستورد لها، أو عدم التزامه بنوعية ودرجة المادة الخام الواجب استخدامها في الانتاج للحصول على النتائج طبقاً للعقد .... الخ (١٢٢).

ولعله من الأسلم للمستورد أن يحتجز جزءاً من مقابل التكنولوجيا أو سعر الخدمات أو المساعدة الفنية ، وبحيث يعادل هذا المبلغ الحد الأقصى للتعويض الذي قد يستحق عند إخلال المورد بالتزامه بالضمان. ويتعين في هذه الحالة أن ينص في العقد على احتفاظ المورد بهذا المبلغ إلى حين انقضاء مهلة الضمان. كما يجوز للمستورد،

١- عدم تنفيذ المورد لالتزاماته المنصوص عليها في العقد وعلى نحو تزول معه كل فائدة ترجى من التنفيذ إذا تم بعد المدة المعقولة. ٢- تأخر المورد في تنفيذ التزاماته الرئيسية بشكل يؤدي إلى أضرار كبيرة لا تتناسب مع ما يجنيه المستورد لو تم التنفيذ بعد ذلك. ٣- تنازل المورد للغير من الباطن عن تنفيذ التزاماته دون موافقة المتلقي للإخلال بالاعتبار الشخصي. ٤- تراخي المورد عن إصلاح العيوب التي ظهرت في التكنولوجيا إلى حد تصبح معه خسائر المستورد غير متناسبة مع القيمة الاقتصادية للعقد. ٥- قيام المستورد بإفشاء سرية التكنولوجيا أو عدم سداده المقابل المتفق عليه.

(١٢١) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٣ ، ص ١٢١

(١٢٢) في معنى قريب : الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٩٦ - ٩٧.

بدلاً من ذلك ، أن يطلب من المورد إصدار خطاب ضمان من أحد البنوك المعتمدة بمبلغ يعادل قيمة التعويضات الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالضمان ، وعلى أن يكون هذا الخطاب صالحاً طوال مدة الضمان (١٢٣). ولا شك أن خطاب الضمان سيوفر الحماية اللازمة للمستورد ، كما أنه في نفس الوقت لن يضر بالمورد الذي يستطيع الحصول على كامل مبلغ مقابل أو ثمن التكنولوجيا ودون احتجاز المستورد لأي جزء منه (١٢٤).

(ب) الجزاءات في مواجهة المستورد :

١- التأخير في دفع المقابل :

يتمثل التزام المستورد الجوهري في أداء مقابل التكنولوجيا. لذلك يحرص المورد على تضمين العقد نص يلزم المستورد بدفع فائدة محددة في حالة التأخير في أداء المقابل في الميعاد المتفق عليه (١٢٥). ويلاحظ أن القاعدة هي سريان فوائد التأخير في الوفاء بالمقابل بمجرد استحقاقها ، إلا إذا اشترط القانون الواجب التطبيق أو الاتفاق غير ذلك. ذلك أن الأطراف قد يتفقون على ألا تسري الفوائد إلا بعد قيام المورد

---

(١٢٣) قارب : **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا – دراسة تطبيقية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٤٦٥ - ٤٦٦ ؛ دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، فقرة ٥٦٥ وفقرة ٥٦٦ ص ١٢٢.

(١٢٤) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٦ ، ص ١٢٢.

(١٢٥) سابق ، فقرة ٥٦٨ ، ص ١٢٢

بإعذار المستورد لإثبات تخلفه عن الدفع في الميعاد أو المواعيد المحـددة في العقد [126].

(١٢٦) **الدكتور محسن شفيق**. نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية. المرجع المشار إليه سابقاً. ص ٩٧

٢ـ التخلف عن دفع المقابل :

قد لا يقتصر الأمر على مجرد تأخر المستورد في دفع أقساط التكنولوجيا في الميعاد ، ولكن قد يمتد الأمر إلى حد امتناعه كلياً عن أداء هذا المقابل. وفي هذه الحالة ، فعادة ما ينص العقد على مهلة معينة يتعين خلالها قيام المستورد بتدارك الأمر وأداء ما عليه من التزامات مالية ، وفي نفس الوقت يجوز للمورد – خلال تلك المهلة – التوقف عن تنفيذ التزامه بنقل التكنولوجيا أو تقديم المساعدة الفنية وإلى حين سداد المستورد للأداءات المالية طبقاً للعقد [١٢٧]. فإذا استمر المستورد على إصراره من عدم دفع المقابل ، كان للمورد أن يقوم بفسخ العقد. وقد يكون الفسخ متاحاً طبقاً لشرط صريح في العقد ، فإن لم يكن هناك شرط صريح يقضي بالفسخ ، فما على المورد إلا اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ [١٢٨].

وحصول الفسخ لا ينهي المشاكل بين المورد والمستورد. فالفسخ له أثر رجعي ، وبما يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند التعاقد ، فيستعيد كل طرف ما يكون قد أداه إلى الطرف الآخر. لكن تطبيق الأثر الرجعي للفسخ قد يكون من الصعب حصوله في عقد نقل التكنولوجيا ، ذلك أنه بموجب هذا العقد يقوم المورد بالإفصاح والكشف عن الأسرار والمعلومات التقنية إلى المستورد. ومن

---

(١٢٧) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٩ ، ص ١٢٢.

(١٢٨) راجع في أسباب فسخ عقود نقل التكنولوجيا : **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا – دراسة تطبيقية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٤٩٥ - ٤٥٦

ثمَّ فلا يمكن للمورد استرداد الدراية التقنية التي اتصلت بعلم المستورد نظراً لأنه قد ألمَّ بها واكتسب طريقة استعمالها أو استعملها فعلاً (١٢٩). وعلاجاً لهذا الوضع الشائك ، فقد يحرص المورد على النص في العقد على ضرورة قيام المستورد بأداء مقابل التكنولوجيا دفعة واحدة عند تسليمه الأسرار التكنولوجية ، كما قد يتفق الطرفان على نقل التكنولوجيا على مراحل ، فيقوم المستورد بأداء المقابل عن كل مرحلة يتم تنفيذها ، وبذلك لا يضطر المورد إلى الكشف عن مجموع المعرفة الفنية مرة واحدة فيجازف بالإفصاح عن سريتها التي هي جوهر حمايتها (١٣٠). ولكن هذا الحل الأخير يفترض أن تكون المعرفة الفنية أو التكنولوجية قابلة للتبعيض والكشف عن سريتها على مراحل.

---

(١٢٩) وزيادة في الحيطة قد يلجأ المورد إلى الحصول من المستورد على كمبيالات أو سندات أذنية غير مشروطة وواجبة الدفع عند الطلب ، وذلك لتغطية حصوله على التعويضات المالية ودون الحاجة إلى إثبات أي صلة بين قيمة الضرر الحاصل له وقيمة هذه الكمبيالات. ولا يملك القاضي سلطة تعديل مثل هذا التعويض حتى في حالة عدم وقوع أي ضرر للمورد أو غياب نسبة أي غش أو خطأ جسيم في جانب المستورد. وهذا الشرط يعرف في العمل باسم "شرط ايزابيل". راجع **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٤٢.

(١٣٠) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، فقرة ٥٧١ - ص ١٢٢ ، فقرة ٢٧٧ - ص ٧٤ ، فقرة ٢٧٨ - ص ٧٤ ؛ الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٩٨.

المطلب الرابع

الشروط التقييدية

أولاً- ماهية الشروط التقييدية :

تحرص الشركات الدولية مالكة التكنولوجيا علي إدراج شـــروط قاسية في عقود نقل التكنولوجيا مع المشروعات من الدول النامية وذلـــك بحجة ضمان سيطرتها علي المعـــارف الفنيـــة وتفوقـــها التكنولوجـــي ، والحقيقة إن النص في العقد علي هذه الشروط أو بعضها من شأنه تقييـــد مستورد التكنولوجيا إلى أبعد الحدود، ويجعله دائراً في فلك المورد وتابعاً له، وبما يفرغ عملية انتقال التكنولوجيا من مضمونها لعدم قدرة المستورد على اكتساب التكنولوجيا فعلاً بسبب خضوعه لهيمنة المشروع المـــورد وسيطرته التكنولوجية.

ومن صور الشروط التقييدية : التزام المستورد بأن ينقـــل إلـــى المورد وعلى سبيل القصر وبغير مقابل التحسينات التي يكشـــف عنـــها تطبيق التكنولوجيا ، حرمان المستورد من إجـــراء بحـــوث أو برامـــج لتطوير التكنولوجيا محل الاتفاق حتى تتلاءم مع ظروفه المحلية ، إلـــزام المســـتورد باستخدام العاملين الذين يختـــارهم المـــورد وتقييـــد حريـــة المستورد في اختيار عاملين محليين ، إلـــزام المســـتورد بثمـــن معيـــن للمنتجات ، حرمان المستورد من إدخال أي تعديلات أو تحســـينات علـــى التكنولوجيا ، إلزام المستورد بمنح المورد حق القصر في بيع الســـلع أو المنتجات التي استخدمت فيها التكنولوجيا ، إلزام المستورد بشراء ما قد

يدخله أو يضيفه المورد على التكنولوجيا في المستقبل مـــن إضافـــات أو تحسينات ، حرمان المستورد من السلع التي استخدمت التكنولوجيا فـــي إنتاجها أو إعاقة تصديرها ، تقييد حرية المستورد في الإعلان عن السلعة التي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها أو الدعاية لها، إلزام المستورد بدفع مبالغ معينة بعد انقضاء حقوق الملكيـــة الصناعيـــة محـــل عقـــد نقـــل التكنولوجيا ، تقييد المستورد في تعيين حجم الإنتاج أو طاقة التشـــغيل أو نطاق النشاط ، الشرط الذي يحتفظ المورد بمقتضـــاه بالإشـــراف علـــى مراقبة صنف السلعة ومستوى الجودة ، الشرط الـــذي يقضـــي بـــإلزام المستورد باستعمال علامات أو تسميات تجارية معينة لتمييز السلع التـــي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها ، الشرط الذي يقضي بعدم تحديـــد مـــدة للعقد أو إطالة مدته لفترة غير معقولة ، والشـــرط الذي يقضي باشـــتراك المورد في إدارة منشأة المستورد (١٣١).

ثانياً ـ الشروط التقييدية على المستوى الدولي :

كانت الشروط التقييدية مثار مناقشات حادة وجولات ساخنة فـــي اجتماعات لجنة الانكتاد التابعة للأمم المتحدة عند صياغة مشروع التقنين الدولي للســـلوك . فلقد حدث اختـــلاف جوهري بين الـــدول الصناعيـــة والدول النامية حول مضمون هذه الشروط ونطاقها وأثرهـــا ، إذ كـــانت

(١٣١) راجع:
Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology ...
المشار إليه سابقاً، وخاصة في ص ص ٢٣٤ – ٢٤٠ ، وفي مناقشة بعض هذه الشروط التقييدية في التشريعات المقارنة ، الدكتور محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا – دراسة تطبيقية ، المرجع المشار إليه سابقاً ص ص ٢٩٣ – ٣٨١ .

الدول النامية تستهدف التوسع في عدد هذه الشروط وبما يجاوز الأربعين شرط وفي الأثر المترتب عليها من حيث ضرورة بطلانها بطلاناً مطلقاً . أما الدول الصناعية ، فلقد استهدفت الحد من نطاق هذه الشروط ومن أثرها ، بحيث لا تزيد عن أربعة عشر شرطاً ، ويقتصر أثر إدراجها في العقد على مجرد خضوعها لتقدير القاضي ، فلا يقع بطلانها وجوباً . وعلى أي الأحوال، فلقد استقر الأمر على إدراج عشرين شرط من هذه الشروط في مشروع التقنين الدولي للسلوك ، مع معارضة الدول الصناعية الغربية على ستة من هذه الشروط[١٣٢]. كما حاولت الدول الغربية تقييد الحظر حتى بالنسبة للشروط التقييدية ، بأن تكون تلك الشروط غير معقولة أو بدون مبرر . أما الدول النامية فكانت تريد أن يكون الحظر كاملاً دون اشتراط وصفه بعدم المعقولية ودون فحص ما إذا كان هناك مبرر لهذه الشروط من عدمه . ومن أمثلة الشروط المحظورة في التقنين الدولي للسلوك الشرط الذي يلزم المستورد بأن ينقل إلى المورد وعلى سبيل القصر وبغير مقابل التحسينات التي يكشف عنها تطبيق التكنولوجيا ، الشرط الذي يمنع المستورد من إجراء بحوث لتطوير التكنولوجيا والشرط الذي يملي على المستورد تحديد حجم الإنتاج ونوعيته وثمن البيع[١٣٣].

وعلى مستوى السوق الأوروبية المشتركة ، فلقد تبنت اللجنة الأوروبية في ٣١ يناير عام ١٩٩٦ لائحة تحدد الشروط المباحة والشروط المحظورة في عقود نقل التكنولوجيا . وتضمنت هذه اللائحة

---

(١٣٢) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٢٦ – ٢٨.

(١٣٣) السابق ، ص ٢٧ .

قائمة طويلة من الشروط المباحة أو حسب تعبيرها (الشـــروط البيضـــاء **White Clauses**) ، وهي شروط جائزة ولا تبطل إن تضمنها اتفاق نقــل التكنولوجيا. وأهم الشروط البيضاء التي جاءت في هذه اللائحة: (١٣٤)

١- التزام المرخص له بعدم إفشاء سرية المعرفـــة الفنيـــة التـــي أفصح عنها المرخص في الاتفاق.

٢- التزام المرخص بالتوقف عن استخدام التكنولوجيا المرخـــص بها بعد انتهاء مدة الاتفاق طالما أن المعرفة الفنية المرخـــص بها مازالت تحتفظ بالسرية أو أن البراءة مازالت قائمة.

٣- التزام المرخص له بتقديم ما يتوصل إليه من تحسينات إلـــى المرخص على أساس شرط غير قصـوي **Non – exclusive grant back** . كما يجوز قيام المرخص بمنح المرخـــص لـــه التحسينات التي يتوصـــل إليـــها وعلـــى أســـاس قصـــري أو استئثاري.

٤- التزام المرخص له بتحديد استغلال التكنولوجيا المرخص بـــها في مجالات إنتاجية معينة أو حقل استغلال محدد.

٥- حق المرخص في الاعتراض على المرخص له لقيـــام هـــذا الأخير باستغلال التكنولوجيا خارج إقليمه.

---

(١٣٤) راجع:

Pierre V. F. Bos & Marco M. Slotboom, The EC Technology Transfer Regulation – A Practitioner's Perspective, The International Lawyer. Volume 32 No. 1 (Spring 1998) PP 1-25

٦- حق المرخص له في إنهاء اتفاق نقل التكنولوجيا إذا قام المرخص له بالمعارضة في صحة البراءة أو الادعاء بعدم انطواء المعرفة الفنية على خصيصة السرية.

٧- التزام المرخص له باستخدام أقصى جهوده وإمكاناته لاستغلال البراءة أو المعرفة الفنية بحسب الأحوال .

٨- حق المرخص له في إنهاء الاتفاق إذا قام المرخص له بمنافسة المرخص أو قيامه بإنتاج بضائع أو سلع في مجالات غير تلك المرخص له بها.

٩- التزام المرخص له بالاستمرار في دفع مقابل التكنولوجيا حتى بعد زوال سرية المعرفة الفنية أو الحكم ببطلان البراءة. (١٣٥)

كما تضمنت اللائحة التي وضعتها اللجنة الأوروبية قائمة بالشروط السوداء **Black Conditions** ، وهي شروط تبطل في حد ذاتها **Per se** ودون تطلب أي تبرير للإبطال كأن تكون غير معقولة **Unreasonable** أو غير مبررة **Unjustifiable** . ويلاحظ أن قائمة الشروط السوداء تعتبر قصيرة جداً بمقارنتها بقائمة الشروط البيضاء . وأهم الشروط السوداء الواردة باللائحة :

١- تحديد أسعار السلع والمنتجات التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها.

٢- منع المرخص له من القيام بالتصدير الموازي في إحدى الدول الأعضاء.

(١٣٥) المقالة السابقة ، ص ص ١١ - ١٣.

٣- تحديد حجم الإنتاج.

٤- التزام المرخص له بنقل التحسينات إلى المرخص. (١٣٦)

كما تضمنت اللائحة نوعاً من الشروط يطلق عليه اصطلاحاً: الشروط الرمادية **Gray Conditions** وهي شروط تدور بين الصحة والبطلان حسب ظروف كل عقد ، ومن شأنها تقييد المستورد في بعض الظروف . ومن أمثلة الشروط الرمادية شرط الشراء الإجباري **Tie in** والذي بمقتضاه يلزم المورد المستورد بالحصول على سلع أو خدمات من المورد أو من يحدده باعتبارها ضرورية للاستغلال الأمثل للتكنولوجيا. (١٣٧)

وتميل أغلبية تشريعات الدول النامية إلى إبطال الشروط التقييدية التي تدرجها الشركات الدولية في عقود نقل التكنولوجيا بالنظر إلى أن هذه الشروط تلحق أضراراً جسيمة بمستوردي التكنولوجيا ، فتزيد كلفتها وتمنع الاكتساب الحقيقي أو الفعلي لها ، بما لذلك كله من انعكاسات سلبية على اقتصاديات هذه الدول(١٣٨) .

وتختلف قوانين الدول النامية في أثر البطلان المترتب على إدراج الشروط التقييدية في عقود نقل التكنولوجيا. فتذهب طائفة من هذه القوانين إلى بطلان هذه الشروط مطلقاً ، بل وفي بعض الأحوال إلى إبطال العقد برمته وعدم اقتصار البطلان على الشرط وحده . كما تذهب

---

(١٣٦) المقالة السابقة ، ص ١٣ .

(١٣٧) المقالة السابقة ، ص ١٤ .

(١٣٨) الدكتور محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا – دراسة تطبيقية المرجع المشار إليه سابقاً ص ٢٩٣ - ٢٨١.

بعض القوانين إلى إحداث نوع من التباين في أثـــر هـــذه الشـــروط ، إذ أوجبت بطلان جانب من هذه الشروط بطلاناً مطلقاً ، وأجـــازت إبطـــال شروط أخرى . ثم أن هناك طائفة ثالثة من القوانين لم تذهب إلـــى حـــد إبطال تلك الشروط ، ولكنها لم تجز تسجيل عقود نقـــل التكنولوجيـــا إذا تضمنت شروطاً تقييدية .

ثالثاً ـ الشروط التقييدية في المادة ٧٥ من قانون التجارة:

وفي مصر ، كان هناك تفاوت كبير بين مشروع أكاديمية البحـث العلمي ومشروع قانون التجارة فيما يتعلق بإدراج الشروط التقييدية فـــي اتفاقات نقل التكنولوجيا مع المشروعات المصرية المستوردة ، إلـــى أن صدر قانون التجارة الجديد مخيباً للآمال المعقودة عليـــه لحمايـــة تلـــك المشروعات وإقامة بنية فعالة لاكتساب مصـــر للتمكـــن التكنولوجـــي . وللوقوف على أحكام قانون التجارة بشأن الشروط التقييدية ، فإنه ينبغـــي مقارنتها بأحكام كل من مشروع أكاديمية البحث العلمي ومشروع قـــانون التجارة حتى يمكن إدراك التنازلات الكبيرة التي قدمها المشرّع المصـــري لصالح المشروعات الدولية.

وتنص المادة ٧٥ من قانون التجارة المصري على أنه " **يجوز إبطال كـــل شـــرط يرد في عقد نقـــل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييـــد حريـــة المستورد في استخدامها أو تطويرها أو تعريف الإنتاج أو الإعلان عنه. وينطبق ذلك بوجه خاص على الشـــروط التي يكون موضوعها إلـــزام المستورد بأمر مما يأتي :**

أ) قبول التحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا وأداء قيمتها .

ب) حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد ، وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى أو مماثلة أو منافسه للتكنولوجيا محل العقد.

ج) استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها.

د) تقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره .

هـ) اشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها .

و) شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها دون غيرها .

ز) قصر بيع الإنتاج أو التوكيل في بيعه على المورد أو الأشخاص الذين يعينهم .

وذلك كله ما لم يكن أيٍ من هذه الشروط قد وردت في عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية مستهلكي المنتج ، أو رعاية مصلحة جدية ومشروعه لمورد التكنولوجيا " .

وفيما يلي نُبدِي بعض الملاحظات الأساسية حول نص المادة ٧٥ من قانون التجارة ، ثم نقوم بتحديد مضمون الشروط التقييدية الواردة فيه.

١- ملاحظات حول نص المادة ٧٥ من قانون التجارة :

الملحوظة الأولي : البطلان جوازي .

يبدأ نص المادة ٧٥ من قانون التجارة بعبارة " **يجوز إبطال كل شرط** ... ... " . وعليه ، فلقد اتخذ المشرّع المصري موقفاً مغايراً لموقف الدول النامية بالنسبة للشروط التقييدية ، إذ بينما ذهبت هذه الدول إلى إبطال جميع الشروط التقييدية مطلقاً عند إدراجها في عقود نقل التكنولوجيا ودون أن يتوقف أمر تقرير البطلان على طلب أي طرف، فإن المشرّع المصري خالف ما أجمعت واستقرت عليه الأغلبية الساحقة من تشريعات الدول النامية في هذا الخصوص (١٣٩).

(١٣٩) ولم يقتصر تقرير بطلان الشروط التقييدية على قوانين الدول النامية ، بل إن قوانين بعض الدول الصناعية الكبرى اتخذت موقفاً متشدداً من هذه الشروط ، مثال ذلك: إنجلترا ، وفرنسا الولايات المتحدة الأمريكية . راجع: الدكتور **محمود الكيلاني** ، عقود التجارة الدولية ... ... المرجع السابق ، ص ص ٣٦٥ – ٣٦٦ .

والغريب في الأمر أن المشرع المصري قد خالف ، بصياغته نص المادة ٧٥ تجاري على النحو السابق ، صياغة النص المقابل في مشروع أكاديمية البحث العلمي في خصوص بطلان الشروط التقييدية . فلقد كان نص المادة السادسة من مشروع الأكاديمية يوجب بطلان عقد نقل التكنولوجيا بطلاناً مطلقاً إن هو تضمن واحداً أو أكثر من الشروط التقييدية التي وردت في هذه المادة ، وذلك بالنظر إلى خطورة هذه الشروط ، وبحيث لا يقتصر إعمال أثر البطلان على الشرط وحده بل ينسحب البطلان ليشمل العقد برمته ، فلا يرتب العقد آثاره ، لما للبطلان من أثر رجعي يعيد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد (١٤٠). كما أن نص المادة السابعة من مشروع الأكاديمية كان لا يجيز

---

(١٤٠) ولقد كانت المادة السادسة من مشروع تنظيم نقل التكنولوجيا الذي وضعته أكاديمية البحث العلمي تنص على أن:

" يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ويحظر تسجيله في الحالات الآتية:

(أ) إذا كان الهدف من العقد نقل تكنولوجيا متاحة محلياً.

(ب) إذا كان العقد يجبر المتلقي على التنازل - دون مقابل - إلى المورد عن براءات الاختراع أو العلامات التجارية أو الابتكارات أو التحسينات التي قد يقوم بها المتلقي أو يحصل عليها خلال فترة التعاقد أو إذا كان العقد يتضمن شروطاً من شأنها الإخلال بالتكافؤ في العلاقة التعاقدية بين طرفيه.

(ج) إذا كان العقد يحد من نشاط المتلقي في مجال البحث والتطوير.

(د) إذا كان العقد يمنع أو يقيد حق المتلقي في مجال التصدير بما يتعارض مع مصالح الدولة.

(هـ) إذا كان العقد يمنع المتلقي من استخدام تكنولوجيا مكملة من مصادر أخرى .

(و) إذا كان العقد يفرض على المتلقي قيوداً تتعلق بحجم الإنتاج أو سعر البيع سواء للسوق المحلي أو الأجنبي.

(ز) إذا كانت مدة العقد تزيد على عشر سنوات " .

تسجيل العقد إذا تضمن أحد الشروط الواردة في هذه المادة ، بما يترتب على ذلك من اعتبار العقد نفسه غير نافذ (١٤١).

والأغرب من ذلك ، أن المشرع المصري قد تراجع في الصياغة النهائية للمادة ٧٥ من القانون عن الصيغة التي كان مشروع قانون التجارة نفسه قد تبناها . فلقد كان مشروع قانون التجارة يتخذ موقفاً وسطاً ، فلم يحذو حذو التشريعات المعاصرة في إبطالها للشروط التقييدية بطلاناً مطلقاً ، حيث قسم هذه الشروط الباطلة إلى طائفتين: الطائفة الأولى من الشروط تبطل مطلقاً وهي تضم كل شرط من شأنه وضع قيود على حرية الطرف المستورد في تحديد حجم إنتاجه أو في تحديد ثمن المنتج أو كيفية توزيعه أو الشرط الذي يحد من حرية

---

(١٤١) وكانت المادة السابعة من مشروع الأكاديمية تنص على ما يلي:

" لا يجوز تسجيل العقود في الحالات الآتية :

(أ) إذا كان العقد يرتب التزامات مالية لا تتناسب والتكنولوجيا المقدمة ، أو أن يكون من شأنه إلقاء عبء غير مناسب على الاقتصاد القومي.

(ب) إذا كان العقد يسمح للمورد أن يتدخل في أعمال الإدارة الخاصة بالمتلقي أو ينظمها ما لم يقتصر العقد على تقديم المساعدة في هذا المجال.

(ج) إذا كان العقد يلزم المتلقي بشراء المعدات والآلات أو قطع الغيار أو المواد الخام أو الوسيطة من مورد التكنولوجيا أو من يعينه ، والتي يمكن الحصول عليها من مصادر أخرى بشروط أفضل.

(د) إذا كان العقد يلزم المتلقي – دون مبرر – بيع السلع التي ينتجها إلى مورد التكنولوجيا أو من يعينه . كذلك إذا كان العقد يلزم المتلقي بتوكيل المورد أو تمثيله في البيع.

(هـ) إذا كان العقد يلزم المتلقي باستخدام عاملين دائمين يختارهم المورد.

ومع ذلك يجوز الموافقة على تسجيل العقود في الحالات سالفة الذكر إذا اقتضت ذلك اعتبارات الصالح العام وفقاً لطبيعة العقد ومقتضيات الاقتصاد القومي " .

المستورد أو يمنعه من القيام بتصدير السلع أو المنتجات التي تستخدم التكنولوجيا في تصنيعها ، وكذلك أي شرط يلزم المستورد بشراء معدات الإنتاج أو مكوناته أو المواد الأولية أو قطع الغيار من المورد أو من مصدر يعينه المورد للمستورد (١٤٢) . أما الطائفة الثانية من الشروط الواردة في نص المادة ٧٥ ، فكان المشروع يبطلها جوازاً (١٤٣) . وهكذا، ظهر نص المادة ٧٥ من قانون التجارة خالياً من الإشارة إلى البطلان الوجوبي لأي شرط من الشروط التقييدية ، واكتفى المشرع بإخضاع كافة الشروط التقييدية للبطلان الجوازي . ولاشك أن هذا الموقف يمثل تخاذلاً واضحاً عن حماية المشروعات المصرية المستوردة للتكنولوجيا ، وهو موقف غير مبرر وخاصةً أن بعض الشروط التقييدية تكون بطبيعتها واجبة الإبطال كشرط تقييد حجم الإنتاج مثلاً .

الملحوظة الثانية : **تقليص حالات البطلان** .

لم يقتصر تهاون المشرع المصري على تقرير البطلان الجوازي للشروط التقييدية دون البطلان الوجوبي ، بل كان التهاون أبعد من ذلك،إذ تقلصت حالات البطلان المذكورة في المادة ٧٥ تجاري بمقارنتها بحالات البطلان الواردة في مشروع التقنين الدولي للسلوك ، إذ كان هذا المشروع الأخير يتضمن عشرين شرطاً باطلاً منها أربعة عشر شرطاً تبطل مطلقاً وستة شروط تبطل جوازاً . بل إن حالات البطلان الواردة في المادة ٧٥ تجارى قد تقلصت وتراجعت إلى حدٍ بعيد بمقارنتها بنص كل من المادتين السادسة والسابعة من مشروع الأكاديمية. فعلى

---

(١٤٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٥

(١٤٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ص ٣٥ – ٣٦

سبيل المثال كان نص المادة ٦(أ) من مشروع الأكاديمية يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا كان الهدف منه نقل تكنولوجيا متاحة محلياً . ومن ثم إذا كانت التكنولوجيا موجودة في السوق المحلي بأي شكل من الأشكال، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لما يؤدى إليه ذلك من عبء غير مبرر على الاقتصاد القومي (١٤٤) . وتكون التكنولوجيا متاحة محلياً إذا كانت مستخدمة من جانب مشروع مصري آخر بموجب عقد ترخيص ببراءة اختراع أو عقد نقل معرفة فنية أو عقد مساعدة فنية ، أو إذا كانت التكنولوجيا متاحة محلياً لعدم تغطيتها بحق من حقوق الملكية الصناعية مثل بعض المنتجات الدوائية - قبل **اتفاقية تريبس** - أو إذا كانت حقوق الملكية الصناعية قد انقضت بأحد الأسباب الخاصة بها كانتهاء مدة البراءة أو إفشاء سرية المعرفة الفنية .

ولم يتضمن نص المادة ٧٥ تجاري مقابلاً لنص المادة ٦ (ز) من مشروع الأكاديمية . وعليه ، يكون عقد نقل التكنولوجيا صحيحاً ونافذا طبقا لقانون التجارة حتى ولو كان موضوعه منصباً على تكنولوجيا قائمة ومتداولة في السوق المحلي ، وبما قد يعني زيادة عبء نقل التكنولوجيا على الاقتصاد المصري . ويؤيد هذا النظر أن المادة ٨١ من قانون التجارة تنص على أنه " **لا يجوز للمستورد النزول للغير عن التكنولوجيا التي حصل عليها إلا بموافقة موردها** " . وبما قد يعني أنه يجوز للمورد أن يقوم بالترخيص لعدة مستوردين مصريين بذات التكنولوجيا حتى ولو كان قد سبق له الترخيص بها ذاتها إلى مستورد آخر مصري في وقت

(١٤٤) في التعليق على نص الفقرة (أ) من المادة السادسة من مشروع الأكاديمية ، راجع الدكتور **حسام عيسى**، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٥ وما بعدها.

سابق حتى ولو قام هذا المستورد باستغلال هذه التكنولوجيا في السوق المحلي ، إذ لا يجوز لهذا المستورد الأخير الترخيص بها لمشروعات مصرية شقيقة إلا بعد الحصول على إذن المورد ، فان لم يتم الحصول على هذا الإذن ، فلا مناص للمشروعات الأخرى إلا الحصول على التكنولوجيا من موردها الأصلي.

كذلك نصت المادة ٦ (ب) من مشروع الأكاديمية على بطلان العقد بطلاناً مطلقاً " **إذا كان العقد يجبر المتلقي على التنازل - دون مقابل - إلى المورد عن براءات الاختراع أو العلامات التجارية أو التحسينات التي يقوم بها المتلقي أو التي يحصل عليها خلال فترة التعاقد ... ...** " .

وهذا الشرط هو ما يصطلح على تسميته باللغة الإنجليزية بـ **Grant backs** أي قيام المستورد بنقل أي خبرة يكتسبها من استغلال التكنولوجيا محل العقد إلى المورد ومنحه ما قد يدخله عليها من تحسينات أو تطبيقات جديدة . ويرى بعض فقهاء الغرب أن عدم إدراج هذا الشرط في عقود نقل التكنولوجيا من شأنه الانتقاص من حقوق المرخص أو المورد ، حيث أنه يأخذ في اعتباره عند التعاقد مع المستورد أن جميع التحسينات التي سيدخلها الأخير على التكنولوجيا ستؤول إليه وكأنها جزء من الثمن أو المقابل الذي يؤديه المستورد إليه [١٤٥]. فلا يتصور أن يرتضى المورد التنازل للمستورد

---

(١٤٥)

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes for the Transfer of Technology ...

المقالة المشار إليه سابقاً، ص ٢٣٤ .

عن استعمال التكنولوجيا لو سُمِحَ لهذا الأخير إجراء تعديلات أو إدخال تحسينات معينة على التكنولوجيا والتي يكون من شأنها تفوق المستورد على المورد وبالتالي إخراجه من حلبة التنافس التكنولوجي . ولذا يحرص المورد على النص على حصوله على هذه التحسينات حتى يظل في حلبة اللعبة ويستمر في السوق . ولو وافق المورد على تحريم شرط رد التحسينات **Grant backs** فهذا لا يكون إلا لأن المورد قد قام بحساباته ووجد أنه من الصعب جداً على المستورد إدخال تحسينات جوهرية على التكنولوجيا المرخص بها بالنظر إلى وصولها إلى درجة عالية من التعقيد والدقة مثلاً . كما أن المورد - في حالة التزامه بدفع مقابل هذه التحسينات - فإنه ، ولاشك سيقوم بحساب ذلك وإضافته إلى مقابل التكنولوجيا الذي يتعين على المستورد أداءه وبحيث لا يدفع المورد ثمناً حقيقياً لتلك التحسينات لحصوله عليه مسبقاً من المستورد في إطار المقابل الإجمالي الذي التزم به هذا الأخير[١٤٦].

وعلى أي الأحوال ، كان نص المادة ٦ (ب) من مشروع الأكاديمية واضحاً في إبطال شرط رد التحسينات أو التنازل عن حقوق الملكية الصناعية الأخرى التي يتوصل إليها المستورد بنفسه أو يحصل عليها من مصدر آخر طالما لم يكن ذلك بمقابل [١٤٧]. ذلك أن نقل التحسينات التي يتوصل إليها المستورد إلى المورد ودون مقابل فيه إثراء لهذا الأخير بلا سبب وإهدار لحقوق المستورد في عدم الحصول على ما بذله من جهد أو مال في سبيل التوصل إلى التحسينات وبما يقود إليه ذلك

---

(١٤٦) السابق ، ص ص ٢٣٤ - ٢٣٥ .

(١٤٧) الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري تنظيم نقل التكنولوجيا ، ص ص ٥٠ - ٥٢.

من إحكام قبضة المورد على مقدرات المستورد ، وبما يخل بالتكافؤ في الأداءات التعاقدية للطرفين .

ولم يحظر قانون التجارة الجديدة الشرط الذي يضعه المورد في عقود نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه ارتداد التحسينات التي يتوصل إليها المستورد بدليل أن المادة ٢/٨٣ تجاري تنص على " **وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شرط في العقد** ... ... " . وعليه ، يستفاد من هذا النص أن شرط رد التحسينات اصبح جائزاً بموجب شرط في العقد .

الملحوظة الثالثة :الحد من إعمال البطلان .

أورد المشرع المصري في الصيغة النهائية لنص المادة ٧٥ من قانون التجارة فقرة في غاية الخطورة بمقتضاها يمكن إهدار إعمال البطلان كجزاء على تضمين العقد أحد الشروط التقييدية . إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٧٥ تجارى على أنه " ... ... **وذلك كله ما لم يكن أي من هذه الشروط قد وردت في عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية مستهلكي المنتج أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا** " . وعليه ، فقد لا يحكم ببطلان الشرط التقييدي الذي يرد في عقد نقل التكنولوجيا إذا تبين أن هذا الشرط ورد حماية لمستهلكي المنتج أو رعاية لمصلحة مشروعة للمورد ، وبحيث يصبح هذا الشرط نافذاً والعقد صحيحاً ، ومثال ذلك أن من الشروط التي أجازت المادة ٧٥/ج إبطالها شرط إلزام المستورد باستعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها ، إذ قد يفلت هذا الشرط من البطلان

ببساطة شديدة لوجود مصلحة مشروعة للمورد في المحافظة على جودة المنتجات التي يقوم المستورد بإنتاجها مستخدماً التكنولوجيا وحتى يحافظ المورد على سمعته بإبقاء نفس الجودة للتكنولوجيا التي يتم إنتاجها وتصنيعها تحت علامة تجارية معينة وهو ما يُعرف في العمل بشرط "**رقابة الجودة**" . ومثال ذلك أيضاً شرط قبول المستورد للتحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا ، إذ يستطيع المورد في سهولة شديدة إثبات أن التحسينات التي أدخلها على التكنولوجيا تؤدى إلى كفاءتها لإعطائه ميزة تنافسية في السوق العالمي، كما تؤدى إلى رفع معدلات الإنتاج والإسهام في جودة المنتجات مع خفض أثمانها . وينطبق ذلك أيضاً على شرط شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها للمستورد دون غيرها ، إذ قد يبرز المورد للمحكمة أن له مصلحة جدية ومشروعة في إدراج هذا الشرط ، مثلاً لأن قطع الغيار التي ينتجها أو تلك التي يتعين الحصول عليها من مصادر بعينها هي قطع أصلية لا يستقيم تشغيل المعدات أو الآلات بدونها أو ببديل لها وأن ذلك يطيل عمر الأصول التكنولوجية موضوع عقد نقل التكنولوجيا طوال مدة سريان العقد ، أو مثلاً أنه يتعين استخدام مواد أولية معينة في الإنتاج وأن استخدام مواد بديلة أو مشابهة يؤدى إلى الإسراع في استهلاك المعدات أو الآلات ، أو لأن المواد الخام التي ينتجها المورد هي أفضل المواد على الإطلاق وأرخصها ثمناً مع الحفاظ على الكفاءة العالية للإنتاج . وكذلك شرط اشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين لدى المستورد ، إذ قد تظهر للمورد مصلحة جدية ومشروعة في هذا الشرط إذا اثبت أن التكنولوجيا المستخدمة يتعين إدارتها بمعرفة

خبرائه نظرا لكفاءتهم الفائقة وتميز التكنولوجيا محل العقد بالتعقيد الشديد الذي يصعب معه تدريب عاملي المستورد عليها ، أو لأن هناك بعض الأسرار التجارية المستخدمة - التي لم تكن موضوعاً لعقد نقل التكنولوجيا - ولا يمكن بدونها استغلال التكنولوجيا محل العقد ، وأن هذه الأسرار التجارية لا يمكن بحال من الأحوال الترخيص بها للمستورد ، وأن الوسيلة المثلى للإنتاج لا تكون إلا باستعمال هذه الأسرار التجارية التي يقتصر العلم بها على خبراء وعمال المورد ، وهكذا .(١٤٨)

ويتضح من ذلك أن المشرع المصري قد حد بدرجة كبيرة من إمكانية الحكم ببطلان الشروط التقييدية بإتاحة الفرصة للمورد بإدراجها في العقد لوجود مصلحة جدية ومشروعة له في ذلك ، أو إذا كانت هذه الشروط واردة بقصد حماية مستهلكي المنتج . ولعل المشرع المصري في هذا الخصوص قد غلَّب مصلحة المورد على مصلحة المستورد .

---

(١٤٨) راجع : دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، ص ص ٨٤ – ٨٥ (فقرات ٣٣٦ – ٣٤١) .

٢ـ مضمون الشروط التقييدية في المادة ٧٥ من قانون التجارة

أورد المشرع المصري في المادة ٧٥ من قانون التجارة عـــددا من الشروط التقييدية التي اعتاد موردو التكنولوجيا على إدراجـــها فـــي عقود نقل التكنولوجيا .ويوجد قاسم مشترك بين هذه الشروط يتلخص فـي جواز بطلانها إلا إذا كان الهدف منها حماية مستهلكي المنتج أو رعايـــة مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا . ونقوم فيما يلى بمناقشة هذه الشروط .

(أولا) - تقييد حرية المستورد في استخدام التكنولوجيا أو تطويرها أو تعريف الإنتاج أو الإعلان عنه .

ويضم هذا الشرط ثلاثة أشكال من القيود .

القيد الأول وهو يتعلق باستخدام التكنولوجيا موضوع العقـد[١٤٩]. ووفقاً لنص المادة ٧٥ تجارى ،لا يجوز للمورد أن يشترط على المستورد استخدام التكنولوجيا في مجالات استعمال معينه أو أغراض محـــددة دون غيرها ، إذ قد يكون لذات التكنولوجيا استعمالات صناعية عديدة ، ومـــن ثم لا يجوز تقييد الاستعمالات المتعددة لذات التكنولوجيا . ومع ذلك ، فان المورد عادة ما يشترط مقابلاً باهظـــاً للتكنولوجيـــا أن قـــام المســـتورد باستخدامها خارج نطاق الغرض من العقد . بل أن المورد وطبقاً للفقـــرة الأخيرة من المادة ٧٥ تجارى يمكنه إرغام المستورد على عدم اســـتخدام

---

(١٤٩) راجع بصفة خاصة : دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، فقـــرات ١٤٧ ، ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٠ – ص ٥٢ .

التكنولوجيا في غير المجالات المذكورة في العقد أن هو أظهر وجود مصلحة جدية ومشروعه له في ذلك ، كأن يظهر المورد أن السماح للمستورد باستخدام التكنولوجيا في استعمالات غير المنصوص عليها في العقد سيؤدى إلى الأضرار به لدخول منافس جديد في السوق في مجالات إنتاجيه معينه كانت قاصرة عليه .

ونعتقد أن بطلان شرط تقييد حرية المستورد في الاستخدام يتعين أن ينصرف كذلك إلى الحالة التي يضع فبها المورد قيودا على المستورد بعدم استعمال أو استغلال التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد أو ، الحكم بفسخه أو لأي سبب آخر لا يعود إلى المستورد ، وكذلك حق المستورد في استخدام التكنولوجيا بعد أن تفقد سريتها .

أما **القيد الثاني** فيتعلق بالشرط الذي يمنع المستورد من تطوير التكنولوجيا . وعليه ، لا يجوز أن يتضمن عقد نقل التكنولوجيا شرطا يحد من نشاط المستورد في مجال البحث والتطوير ، إذ أن هذا الشرط يستهدف في المقام الأول الحد من قدرة المستورد على اكتساب التكنولوجيا ، إذ بغير نشاط البحث والتطوير **Reseach and development** ، سيبقى المستورد أسيراً للمورد ، وبما يؤدى إليه ذلك من الحد على قدرته على المنافسة فيظل قابعا في مجال ثابت وجامد(١٥٠). ويعتبر من قبيل الحد من نشاط المستورد في مجال البحث

(١٥٠) راجع:

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology ... ... =

والتطوير منع المستورد من إدخال تحسينات أو تعديلات في التكنولوجيا محل العقد سواء تعلق الأمر بتصميم المنتج النهائي ومواصفاته أو بالطريقة الصناعية المستخدمة في الإنتاج .

ويتعلق **القيد الثالث** بالشرط الذي يضعه المورد في العقد بقصد فرض طرق أو وسائل محددة لتوزيع السلع أو الخدمات التي تستخدم فيها التكنولوجيا محل العقد ، أو الإعلان **Advertising** أو الدعاية **Publicity** عن هذه السلع والخدمات[١٥١]. فالأصل أن تكون للمستورد حرية وضع الإعلان والدعاية عن المنتجات والخدمات مثل إعداد الكتيبات ، الصور التوضيحية ، المطبوعات وغيرها من الأدوات اللازمة للترويج عن المنتجات في السوق المحلية ، وكذلك تحديد منافذ البيع والتوزيع .

ويجوز إبطال أي شرط يقيد حرية المستورد في هذا الشأن . ومع هذا يجوز للمورد وطبقا للفقرة الأخيرة من المادة ٧٥ تجارى أن يضع قيوداً على حرية المستورد في التوزيع أو الدعاية أو الإعلان إذا كان للأول مصلحة جدية ومشروعه في ذلك . ومن أمثلة هذه المصلحة: أن

- المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٣٥ ؛ **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٧٣ ، دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٢٣٧ ص ٦٨ .

(١٥١) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، فقرات ٣٦٧ – ٣٧٢ ص ص ٨٩ – ٩٠ ؛ الدكتور محسن شفيق نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣١ ؛ وفي الفقه الأجنبي :

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology . . .

مقالة مشار إليه سابقاً، ص ٢٣٨

يكون هدف المورد حماية مستهلكي السلعة وذلك بإجبار المستورد على كتابة مكونات السلعة أو المنتج بعبارات ظاهرة على غلافه وذكر تاريخ الصلاحية ،وكذلك ذكر عدم مسئولية المورد عن الإنتاج بان يذكر على غلاف السلعة أنه يتم إنتاجها تحت ترخيص وان السلعة يتم إنتاجها تحت إشراف المستورد وعلى مسئوليته وحده ،وكذلك مصلحة المورد أن يلزم المستورد بعدم الإفصاح في الإعلان أو الدعاية عن سر تركيبة المنتج إذا كان إنتاجه يتضمن معارف فنية تدخل في صناعته (١٥٢).

(ثانيا) - قبول التحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا وأداء قيمتها .

فيجوز إبطال الشرط الذي يلزم المستورد بقبول ما قد يضيفه المورد مستقبلا إلى التكنولوجيا من زيادات **Additional technology** وكذلك ما يتوصل إليه من مخترعات أو ما يدخله من تحسينات ، إذا كان المستورد لا يريد الحصول عليها (١٥٣). وهذا الشرط ينضوي تحت بند الحزمة التكنولوجية **Technological package** والذي يبطل لما يلقيه من عبء غير مناسب على المستورد وعلى الاقتصاد القومي ككل(١٥٤). ويستلزم نص المادة ٧٥ تجاري لجواز الإبطال أن يقتضي المورد من

---

(١٥٢) في معنى قريب : **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣١ .

(١٥٣) **الدكتور يوسف عبدالهادي الاكيابي** ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٣٤ .

(١٥٤) قارب : **الدكتور حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ص ٦٤

المستورد دفع مقابل هذه التحسينات أو الإضافات ، أما إذا كان إلزام المستورد بها دون تطلب دفع مقابل عنها ، فلا يبطل الشرط (١٥٥).

ثالثاً - حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد ، وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد.

فيجوز إبطال هذا الشرط لما يؤدي إليه من حرمان المستورد من إدخال تحسينات أو تجديدات في التكنولوجيا أو إدخال تعديلات عليها كي تتلاءم مع ظروفه المحلية أو ظروف الإنتاج في منشأته . كما يجوز إبطال أي شرط يمنع المستورد من استخدام تكنولوجيا مكملة من مصادر أخرى لكونه يقطع الطريق عليه في تطويع التكنولوجيا المنقولة بموجب العقد وفقاً للظروف المحلية وبالذات وفقاً لمكونات الإنتاج التي تتوفر محلياً مثل المواد الخام ، وبحيث يبقى المستورد معتمداً في الحصول علي هذه المكونات على ما يستورده من الطرف المورد وبما يفضي إليه ذلك من زيادة النفقة غير المباشرة لانتقال التكنولوجيا (١٥٦).

---

(١٥٥) ويذهب البعض إلى أن " الأصل العام في الالتزام بنقل التحسينات أنه يتم بالمجان ، وذلك بالنسبة للتحسينات التي تنقل إلى المتلقي ، فليس للمورد تقاضي أي مقابل إضافي عن هذه التحسينات ، وحتى و لو لم تكن هناك أتاوة سارية ، بأن كان ثمن التحسينات يدخل أصلاً في ثمن حق المعرفة الذي تم دفعه من قبل " . راجع : **الدكتور يوسف عبدالهادي خيل الإكيابي** ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٢٣٥ .

(١٥٦) ويلاحظ أن هذا الشرط التقييدي يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً في الكثير من التشريعات المعاصرة، وكذلك في مشروع أكاديمية البحث العلمي . راجع في بطلان هذا الشروط -

على أن هذا الشرط قد لا يبطل إذا كان للمورد مصلحة جديـة ومشروعة في إدراجه في العقد وطبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٧٥ تجاري . فلا شك أنه توجد للمورد مصلحة في أن يتطلب أن يكون المستورد مسئولاً عما يدخله من تعديلات أو تحسينات على التكنولوجيا، وألا يستعمل في توزيع الإنتاج اسم المورد أو علاماته التجارية ، وألا ينشأ عن إحداث التحسينات أو التعديلات أو قبول تكنولوجيا مكملة أي تغيير غير ملائم في السلع أو المنتجات محل عقد نقل التكنولوجيا (١٥٧). فإن لم يستجب المستورد لهذه المتطلبات ، كان للمورد إدراج هذا الحظر في عقد نقل التكنولوجيا .

(رابعاً) - استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها .

فيجوز إبطال الشرط بإلزام المستورد باستعمال علامات تجارية

- وفقاً لمشروع الأكاديمية : **الدكتور حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ص ص ٥٧ – ٥٨ . كذلك يذهب جانب من الفقه الغربي إلى إبطال شرط حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد ، وذلك بصدد التشريعات الأمريكية المضادة للاحتكارات Anti – trust laws وذلك مثلاً في الحالة التي يكون فيها هناك مرخص له وحيد يتلقى تكنولوجيا من أكثر من مصدر ويقوم بالجمع بينها بطريقة يمكن أن ينشأ عنها تقييد لحرية التجارة ، راجع في ذلك وفي غيره من الأمثلة :

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology ... ...

المقالة المشار إليه سابقاً ، ص ص ٢٣٧ – ٢٣٨ .

(١٥٧) قارب : **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ... ... ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٢٩ – ٣٠ .

معينة أو تسميات تجارية معينة لتمييز السلع التي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها . ومع ذلك ، إذا كان المورد قد احتفظ لنفسه بحق الإشراف على صنف السلعة أو مستوى جودتها - برغبة من المستورد - جاز له اشتراط أن يحمل الإنتاج علامته التجارية أو اسمه التجاري .

خامساً - تقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره

فيجوز إبطال الشرط الذي يفرض على المستورد قيوداً تتعلق بحجم الإنتاج أو مستوى أسعار بيع المنتجات سواء في السوق الداخلي أو في السوق العالمية أو في كيفية توزيع تلك المنتجات (١٥٨). ويدافع فقهاء الغرب عن هذا الشرط بحجة أن المورد يهمه بدرجة كبيرة عدم قيام المستورد بمنافسته (١٥٩). على أن خطورة شرط وضع حد أقصى للإنتاج أو أسعاره أو مجالات توزيع يمكن أن يؤدي إلى تقليص قدرة المستورد على التصدير وذلك إذا كان حجم الإنتاج الذي عينه المورد لا يكفي إلا لسد الحاجات المحلية ، أو أن يكون سعره مرتفعاً بحيث لا يقوى على منافسه منتجات المورد في الأسواق الأجنبية . كما أن المورد قد يحرص على إدراج هذا الشرط رغبةً منه في زيادة ما قد يحصل عليه من مقابل للتكنولوجيا إذا كان هذا

---

(١٥٨) في مناقشة هذه المسألة ، راجع : دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المرجع المشار إليه سابقاً، فقرة ٣٤٣ ص ٨٥ ؛

(١٥٩) راجع:

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology ....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٣٧ .

المقابل يتحدد بنسبة معينة من الإنتاج أو على أساس سعر المنتج، فيشترط المورد قيام المستورد بإنتاج حدٍ أدنى من المنتجات إذا كان المقابل يتحدد على أساس حجم الإنتاج أو فرض سعر مرتفع لبيع المنتجات إذا كان المقابل يتحدد مثلاً بنسبة من المبيعات (١٦٠).

كما أجازت المادة ٧٥ تجاري إبطال ما يعرف بشرط المنع من التصدير. ويبطل هذا الشرط لأنه يحد من قدرة المستورد على التصدير، ولما يؤدي إليه من عجز مستمر ومزمن في موازين مدفوعاته(١٦١). ومع ذلك يدافع فقهاء الغرب عن هذا الشرط بحجة أنه لا يعقل أن يقوم المورد بالسماح للمستورد بالدخول في السوق ومنافسته، خاصةً وأنه يسلمه سلاح هذه المنافسة وهو التكنولوجيا التي تمكنه من دخول السوق. كما لا يتصور أن يسمح المورد لمستورد التكنولوجيا بالتصدير إلا إذا كان فارضاً سيطرته الكاملة عليها وضامناً عدم قدرة المستورد على منافسته بأي وضع في السوق الخارجية. أضف إلى ذلك أن المورد سيقوم برفع ثمن مقابل التكنولوجيا إذا أصر المستورد على أن يتم السماح له بالتصدير (١٦٢).

---

(١٦٠) قارب : دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية، المشار إليه سابقاً، فقرة ٣٤٣ ص ٨٥.

(١٦١) في نفس المعنى : **الدكتور حسام عيسى**، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٥٤.

(١٦٢) راجع:

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct ... ... =

- المقالة المشار إليها سابقاً، ص ٢٣٧. وعلى أي الأحوال، تأخذ قيود التصدير أنماطاً عديدة مثل : الحظر الشامل، أو القيود على التصدير إلى مناطق محددة، أو فرض إتاوات

سادساً - اشتراك المورد في إدارة المنشأة أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها .

فيجوز إبطال هذا الشرط لأن اشتراك المورد في إدارة المنشأة فيه نوع من فرض السيطرة على المشروع المستورد ، وبما قد يمثل عائقاً من الاكتساب الحقيقي للتكنولوجيا ، ومع ذلك قد يصبح هذا الشرط صحيحاً إذا اقتصر على تقديم المساعدة الفنية في هذا الخصوص (١٦٣) . كذلك يبطل الشرط الذي يلزم المستورد باستخدام عاملين دائمين يختارهم المورد ، ومع ذلك يجوز للمورد أن يفرض على المستورد بعض الخبراء أو العاملين اللازمين للمراحل الأولى للمشروع وحتى يتوافر العاملون المحليون المدربون . وفي كل الأحوال يبطل الشرط الذي يقيد المستورد في استخدام عاملين محليين (١٦٤).

على المنتجات المصدرة أو تحديد الكميات التي يجوز تصديرها ، راجع في ذلك ، **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود التجارة الدولية ... ... ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٣٧٩ - ٣٨٠ .

(١٦٣) ويذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يمكن اعتبار عقود الإدارة من قبيل عقود المساعدة الفنية ، لأن هذه العقود الأخيرة هي عقود تعليمية وتدريبية على القيام بالإنتاج بالدرجة الأولى ، أما عقود الإدارة فهي تؤدي إلى ترسيخ التبعية التكنولوجية لأن المورد يستأثر بسلطة إصدار القرارات في المشروع : **الدكتور حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٦٦ - ٦٧ .

(١٦٤) **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٩ .

(سابعاً) - شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها دون غيرها.

ويعرف هذا الشرط بشرط الشراء الإجباري أو ما يطلق عليه في بعض الأحيان باللغة الإنجليزية **Tie in clause** والذي بمقتضاه يلتزم المستورد بشراء المعدات والآلات وقطع الغيار أو المواد الخام أو السلع الوسيطة من مورد التكنولوجيا أو من يعينه والتي يمكن الحصول عليها من مصادر أخرى . ولا شك أن هذا الشرط من أخطر الشروط التقييدية وأعمقها أثراً في إحداث التبعية التكنولوجية لما يؤدي إليه من المغالاة في النفقة الإجمالية للتكنولوجيا بطريقة مستترة ، ومن ثمَّ الإساءة للاقتصاد القومي بمنع المستورد إلى اللجوء إلى السوق المحلي لسد احتياجاته المكملة لعملية انتقال التكنولوجيا (١٦٥).

ومع ذلك ، فقد تكون للمورد مصلحة جدية ومشروعة في إمداد المستورد بمكونات الإنتاج أو بالمعدات اللازمة له إذا كان من شأن ذلك ضمان نوعية المنتج ، لا سيما إذا تعلق الأمر بمنتج معد للتصدير أو يحمل العلامة التجارية للمورد (١٦٦). ووجود هذه المصلحة للمورد من شأنه رفع الحظر عن هذا الشرط . وفي الواقع العملي ، فإن

---

(١٦٥) في هذا المعنى : الدكتور **محمود الكيلاني** ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٨٠ ؛ الدكتور **حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٤٤ - ٤٥ .

(١٦٦) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، فقرة ٣٣٧ ص ٨٤ ؛ قارب : الدكتور **محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٠ .

المورد قد يرفض إعطاء الضمانات الكافية لضمان فعالية التكنولوجيا المنقولة لأداء الغرض منها وذلك إذا تمسك المستورد بحريته في استخدام أو شراء مكونات إنتاجية أو معدات أو أجهزة من مصادر أخرى (١٦٧). كما لا تظهر مصلحة للمستورد في التمسك بإبطال هذا الشرط التقييدي ، إذا تعهَّد المورد بتقديم المعدات ومكونات الإنتاج اللازمة بأسعار تنافسية وحسب الأسعار السائدة أو المواتية في السوق الدولية أو بشروط أفضل (١٦٨). وفي هذا الخصوص ، فقد كانت صياغة نص المادة ٧ (ج) من مشروع الأكاديمية أفضل من صياغة نص المادة ٧٥ (و) من قانون التجارة ، إذ أن النص الأول كان يجعل العقد غير نافذ ولا يجوز تسجيله إذا كان العقد يلزم المستورد بشراء المعدات والآلات أو قطع الغيار أو المواد اللازمة للإنتاج من المورد أو من يعينه والتي كان يمكن الحصول عليها من مصادر أخرى بشروط أفضل . فكأن الحظر كان مفروضاً في مشروع الأكاديمية بإمكانية الحصول على معدات الإنتاج أو مكوناته بشروط أفضل من تلك التي يعرضها المورد . أما عبارة المادة ٧٥ (و) فلم تشترط للحظر أن يكون للمستورد الحصول على مكونات ومعدات الإنتاج بشروط أفضل من تلك التي يعرضها المورد .

---

(١٦٧) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، فقرة ٣٢٢ وفقرة ٣٢٣ ص ٨١ .

(١٦٨) السابق ، فقرة ٣٢٤ ، ص ٨١ .

(ثامناً) - قصر بيع الإنتاج أو التوكيل في بيعه على المورد أو الأشخاص الذين يعينهم .

ويأخذ هذا الشرط أشكالاً متعددة مثل اشتراط أن يكون المورد هو الموزع أو الوكيل الوحيد للمستورد ، أو شراء كامل الإنتاج أو جزء منه ، أو أن يقوم المورد بعمليات تسويق المنتجات التي تستخدم التكنولوجيا المنقولة في تصنيعها (١٦٩).

ويجوز إبطال هذا الشرط لأنه قد يؤدي إلى تبعية المستورد للمورد في مجال التسويق ويفقد بذلك جانباً هاماً من المهارات اللازمة لإعادة بيع المنتجات التي تستخدم التكنولوجيا في تصنيعها ، وهي مهارات لا تقل أهمية عن عملية اكتساب التمكن التكنولوجي ذاتها (١٧٠).

ولقد كان مشروع الأكاديمية يقضي بعدم جواز تسجيل عقد نقل التكنولوجيا إذا احتوى على هذا الشرط وطالما لم يكن هناك مبرر لإلزام المستورد ببيع السلع التي ينتجها إلى المورد أو من يعينه . وعلى الرغم من عدم تضمين المادة ٧٥ (ز) من قانون التجارة عبارة **"دون مبرر"** إلا أن نفس المعنى ما زال قائماً لأنه طبقاً لهذه المادة الأخيرة يجوز عدم إبطال هذا الشرط إذا كان للمورد مصلحة جدية ومشروعة فيه . فقد يعود التوزيع عن طريق المورد بالفائدة على الطرفين في معاملات نقل التكنولوجيا ، وعلى وجه الخصوص إذا كانت الطاقة الإنتاجية للمستورد

---

(١٦٩) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ص ص ٨٩ - ٩٠ .

(١٧٠) قارب : **الدكتور حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ص ص ٦٨ - ٦٩ .

تتجاوز الطلب المحلي ، كما أن المورد قد يدعم قدرات المستورد في بلوغ طاقة تصديرية معينة ، كما تكون للمورد مصلحة في هذا الشرط إذا كان الإنتاج يمثل مصدراً أو مخزونا يفي بحاجات المورد للتصدير في أقاليم أخرى .



خاتمـــــة

عـــالج المشـــرع المصـــري نقل التكنولوجيا في نصوص عديدة ضـــمنّها الفصـــل الأول مـــن الـــباب الثاني من قانون التجارة الجديد ، مســـــتهدفاً بذلك حماية المصلحة الوطنية في مواجهة الشـــركات الدولية باعتـــبارها موردة للتكنولوجيا . فهل حالف التوفيق المشـــرع لبلوغ هذا الهـــدف ؟ إن الإجابة القاطعـــة عن هذا الســـؤال ليست بالأمر السهل ، خاصـــة وان ظاهر النصوص يوحي - للوهلـــة الأولى - أن المشرع قد أحاط مســـتوردي التكنولوجيا بســـياج منيع من الحماية القانونية ، إلا أن الوقـــــوف عـــلى جوهـــر النصوص لا يســـعف في الوصول إلى هذه النتيجة لتحقيق طموحات المشـــرع .

فعلى ســـبيل المثال ، تنص المادة ١/٧٤ من قانون التجارة على وجوب كتابة عقد نقـــل التكنولوجيا ، وإلا كان العقـــد باطلاً . فأصبحت الكـــتابة بذلـــك شـــرطاً شـــكلياً يلزم لانعقـــاد العقد ، وليس مجرد أداة للإثـــبـــات . ولكـــن مـــا هي جدوى هذا الشـــرط الشكلي دون أن يتبعه إجراء آخر، كتسجيل العقـــد مثلاً ؟ وهو الإجراء الذي كان يستلزمه نص المـــادتين الخامسة والثالثة عشرة من مشـــروع أكاديمية البحث العلمي . لا شـــك أن استلزام تسجيل عقـــود نقـــل التكنولوجيا يكفـــل وجود هيئة تـــراقـــب ، من الناحيتين الفنيـــة والقانونيـــة ، شروط ونوعية وجدوى التكـــنولوجيا موضـــوع العقد . ولقد كان مشـــروع الأكاديمية باستحداثه نظـــــام تســـجيل عقود نقـــل التكنولوجيا يضع نظـــاماً رقابيـــاً صارماً لضـــمـــان خضوع هذه العقود للأحكام القانونيـــة الواردة بالمشـــروع ، وبحيـــث لا يعتبر العقـــد نافـــذاً حتـــى بيـــن أطرافـــه ما لـــم يتـــم

تسجيله لدى الهيئة المختصة . أما قانون التجارة الجديد ، فقد أعدم أي وسيلة للرقابة على عقود نقل التكنولوجيا ، وهى رقابة في منتهى الأهمية ، لا سيما وان هذه العقود أصبحت طبقاً لصريح نص المادة ٨٧ من قانون التجارة خاضعة لأحكام القانون المصري . لذلك يثور التساؤل عن جدوى استلزام الكتابة كشرط شكلي لانعقاد العقد، مع غياب أي إجراء لاحق كتسجيل العقد .

وإذا كان المشرع المصري قد حقق تقدماً ملموساً عندما نص صراحة على ضمان المورد للتكنولوجيا التي يتم نقلها إلى المستورد وبحيث يضمن المورد التكنولوجيا المنقولة ومطابقتها للعقد وكذلك إنتاج السلع أو أداء الخدمات المتفق عليها ، باعتباره ملزماً بتحقيق النتيجة المرجوة من العقد ، إلا أن المشرع نكص عن تفعيل هذه الحماية عندما أباح للمورد الاتفاق على عكس ذلك كتابة ، أي اشتراطه ببند صريح في العقد عدم الضمان . ولا يخالج أي عاقل الشك في أن المورد سيعفى نفسه من عبء هذا الضمان ، لكون ذلك مباحاً وفقاً لنص القانون ، وخاصة أن المورد عادة لا تخلو جعبته من المبررات التي تحمله على تضمين العقد إعفاءه من هذا الضمان الهام والذي غالباً ما يشكل أحد الأسباب الجوهرية للمنازعات في عقود نقل التكنولوجيا . وهنا يثور التساؤل عن جدوى النص على الالتزام بالضمان في المادة ٨٥ تجارى ؟

ومن المسائل الخطيرة التي لم يعالجها المشرع بحسم مسألة مدى حق المستورد في استخدام التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد . ذلك

أن المشـــروعات الدولية عادة ما تشترط على المشروعات المتلقيـــة فـــي الدول النامية عدم الاستمرار في استغلال أو استعمال التكنولوجيـــا بعـــد انتهاء مدة العقد . صحيح أن المادة ٧٥ من قانون التجارة أجازت إبطـــال أي شرط من شأنه تقييد حرية المستورد في استخدام التكنولوجيا ، ولكـــن يراعى أن المقصود بذلك إبطال القيد الناشئ عن اســـتخدام التكنولوجيـــا طوال فترة العقد . ولقد كان من المفروض أن ينص المشـــرع صراحـــة على إبطال الشرط الذي يقيد حرية المستورد في الاستخدام فـــي حالـــة انتهاء مدة العقد ذاته ، وهذا ما درجت على النص عليه العديد من قوانين الدول النامية في شأن نقل التكنولوجيا ، وكذلك مشروع التقنين الدولـــي للسلوك . وكان يتعين عدم ترك هذه المســـألة الخطيرة لكي تكون محـــلاً للجدل أو الاجتهاد . وعلى أي الأحوال ، فحتى على الافتراض الجدلـــي بقبول التفسير الواســـع لعبارة نص المادة ٧٥ تجارى من جواز إبطـــال أي شـــرط يقيد حرية المســـتورد في استخدام التكنولوجيا لكي تتصـــرف أيضاً إلى عدم جواز تقييد المســـتورد في الاستخدام بعـــد انتـــهاء فـــترة العقد، فان المورد ما يزال يمتلك ناصية الأمـــر ، إذ يســـتطيع - وطبقـــاً للمادة ٧٥ تجارى ذاتها - الإفلات من جزاء الإبطال إن هو أبدى مصلحة جدية ومشروعة في النص في العقد على عدم جـــواز قيـــام المســـتورد باستخدام التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد . ولا ريب أن المورد لن يعـــدم الأسباب والحجج في إقناع المحكمة أو هيئة التحكيم ، بحسب الأحـــوال ، في وجود مصلحة جدية ومشروعة له في ذلك .

ولعل نص المادة ٧٥ من قانون التجـــارة هو أكـــثر النصـــوص المتعلقة بنقـــل التكنولوجيا إثـــارة للجدل وعرضة للانتقاد . ذلك أن هذا

النص يمثل انتكاسة لموقف المشرع المصري لحماية مستوردي التكنولوجيا ومحاباة للشركات دولية النشاط الموردة لها . فلقد اتخذ المشرع المصري موقفاً مغايراً للأغلبية الساحقة لتشريعات الدول النامية والتي تستهدف إبطال الشروط التقييدية بطلاناً مطلقاً ، إذ اكتفى مُشَرِعُنا بإجازة إبطال هذه الشروط إذا وردت بالعقد . بل أن موقف المشرع المصري يختلف عن مشروعات القوانين المصرية المتعلقة بنقل التكنولوجيا مثل مشروع أكاديمية البحث العلمي والذي كان ينص على بطلان العقد بأكمله إن تضمن شرطاً من الشروط التقييدية في بعض الأحوال ، أو عدم نفاذ العقد وعدم الموافقة على تسجيله في أحوال أخرى . بل أن المادة ٧٥ من مشروع قانون التجارة نفسه كانت تتضمن البطلان المطلق كجزاء لبعض الشروط التقييدية مثل تقييد حجم الإنتاج أو تحديد سعره أو حرية مستورد التكنولوجيا في التصدير . وهكذا اكتفى المشرع المصري بالبطلان الجوازي للشروط التقييدية وبما يمثل تخاذلاً واضحاً عن حماية المشروعات الوطنية المستوردة للتكنولوجيا . ويزيد الأمر أسفاً أن المشرع المصري قد قلصَّ حالات البطلان وانقصها إلى حد بعيد بمقارنتها بالحالات الواردة في التقنين الدولي للسلوك وكذلك تلك التي وردت في مشروع الأكاديمية . وإمعاناً في التفريط في حماية المشروعات المستوردة للتكنولوجيا تضمن النص النهائي للمادة ٧٥ فقرة يمكن بمقتضاها للمورد النص على الشروط التقييدية دون أن تتعرض تلك الشروط للإبطال إذا وردت بقصد حماية مستهلكي المنتج أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة للمورد . وعليه ، يمكن للمورد أن

يفلت بالشروط التقييدية من نطاق البطلان وعلى حساب المستوردين .

ويبدو أن المشرع المصري قد اضطر - تحت وطأة الضغوط التي تمارسها الشركات الدولية أصحاب المصالح - إلى التراجع عن موقفه السابق في مشروع القانون أو اتخاذ نفس الموقف الذي اتخذته معظم التشريعات المعاصرة في كفالة حماية قوية وفعالة لمستوردي التكنولوجيا . ولذا ، فلا يبقى إلا أن نعقد الأمل في كل من القضاء وهيئات التحكيم لتصحيح المسار وتفسير نصوص القانون بما يحقق المصالح المصرية و لا يخل بالعدالة(١٧١).



(١٧١) راجع في تسوية منازعات الملكية الفكرية ، وخاصة بطريق التحكيم : الدكتور/ **محي الدين علم الدين** ، تجربة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، ورقة عمل مقدمة من في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها ، المنعقد في الفترة من ٩ إلى ١٠ مارس ١٩٩٨ ، منشورات الويبو ، وثيقة رقم :

ARAB/ LIC / CAI / 98 / 6b (١٩٩٨) ؛ كذلك **الدكتور عبدالحميد الأحدب** ، منازعات الملكية الفكرية ، بحث مقدم في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها ، المنعقدة في الفترة من ٩ إلى ١٠ مارس ١٩٩٨ ، منشورات الويبو ، وثيقة رقم: ARAB / LIC / CAI / 98 / 7b (١٩٩٨) ؛وفي القانون الواجب التطبيق في عقود نقل التكنولوجيا : **الدكتور محمود الكيلاني** ، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا ، بحث مقدم في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها ، في الفترة من ٩ إلى ١٠ مارس (١٩٩٨)

المراجـــــع

أولاً - باللغة العربية :

١- **الدكتور حسام عيسى** ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقـل التكنولوجيا (دراسة نقدية ١٩٨٨) .

٢- **الدكتور حسام عيسى** ، نقل التكنولوجيا - دراسة في الآليـات القانونية للتبعية الدولية (دار المستقبل العربي - القاهرة ١٩٨٧) .

٣- دليل التراخيص المعدّ لصالح البلدان النامية - منشورات ويبو رقم (A) 620 (١٩٧٨) .

٤- **الدكتور سعيد يحيى** ، تنظيم نقل المعرفة الفنية بين مشروع التقنين الدولي ومشروع القانون المصري (منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٦) .

٥- **الدكتورة سميحة القليوبـي** ، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ، بحث مقدم في ندوة التراخيص في الملكية الفكرية وتسوية المنازعات تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - المنعقدة في القاهرة في الفترة من ٩ - ١٠ مارس (١٩٩٨) .

٦- **الدكتورة سميحة القليوبي** ، تقييم شروط التعـاقد والالـتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة مصر المعـاصرة ، العدد ٤٠٦ ، ص ص ٩٧ -١١٧ (١٩٨٦) .

٧- **الدكتور صالح بكر الطيار** ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيـا - دراسة تحليلية حول العلاقات الناشئة عن نقل التكنولوجيا إلـى الدول المتجهة للتصنيع (الناشـر : شـهد للنشـر والإعـلام ١٩٩٢) .

٨- **الدكتور عبدالحميد الأحدب** ، منازعات الملكية الفكرية ، بحث مقدم في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكريـة وتسـوية المنازعات الناشئة عنها ، المنعقدة في الفترة مـن ٩ إلـى ١٠ مارس ١٩٩٨ ، منشورات الويبو ، وثيقة رقم: **ARAB / LIC / CAI / 98 / 7b** (١٩٩٨).

٩- **الدكتور ماجد عبد الحميد عمار** ، عقد الترخيص الصنـاعي ، وأهميته للدول النامية (رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - بدون سنة النشر) .

١٠- **الدكتور محسن شفيق** ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونيـة (مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني ، كليـة الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٤) .

١١- **الدكتور محمد حسام محمود لطفي** ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا - من منشورات الويبو باللغة العربية - وثيقة رقم **WIPO / GITL / IP / DUB / 88 / 11** (١٩٩٨) .

١٢- **الدكتور محمود الكيلاني** ، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة (١٩٩٨) .

١٣- **الدكتور محمود الكيلاني** ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التجارة الدولية - دراسة تطبيقية (١٩٨٨) .

١٤- **الدكتور محمود الكيلاني** ، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا ، بحث مقدم في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها في الفترة من ٩ - ١٠ مارس (١٩٩٨) .

١٥- **الدكتور محي الدين علم الدين**، تجربة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - ورقة مقدمة في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها، المنعقدة في الفترة من ٩ -١٠ مارس ١٩٩٨، منشورات الويبو، وثيقة رقم: **ARAB / LZC / CAR / 98 / 6b** (١٩٩٨)

١٦- **الدكتورة نصيرة بو جمعة سعدي** ،عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي (رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ١٩٨٧) .

١٧- **الدكتور نعيم عطية** ، التعاقد الدولـــي وتجـــهيز مشـــروعات التنمية - ضمان الاستحقاق (دار النهضة العربية - القـــاهرة - بدون سنة النشر) .

١٨- **الدكتور يوسف عبدالهادي خليل الإكيابي** ، النظام القـــانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجـــال القـــانون الدولـــي الخـــاص (١٩٨٩) .

ثانيا - باللغة الإنجليزية :

1- Bart Verspagen, The Role of the Intellectual Property System in the Transfer of Technology (Paper Presented at the WIPO Arab Regional Symposium on the Economic Importance of Intellectual Property Rights - Muscat, February 22 to 24, 1999) Document no. E - WIPO/IPR/MCT/99/6.A (1999).

2- Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology, in S. Holland, ed. Codes of Conduct for the Transfer of Technology: A Critique 46 – 60 (Council of the Americas – New York, 1976) reprinted in Sunshine, Legal Aspects of the Transfer of Technology, pp. 230 – 240 (1977).

3- Bertram I. Rowland, Trade Secrets and Know – How Licensing: Contracts for Secrecy as to Negotiation, Disclosures (Domestic and Foreign Technology Licensing, editor Tom. Arnold 1984).

4- Charles J. Cornroy, Technology Transfer to China, Legal and Practical Considerations, 21 Stanford Journal of International law 549 (1985).

5- C. Wolcott Parker II, Licensing to Developing Countries, in Current Trends in Domestic and International Licensing pp. 403-427 (1977).

6- Dale B. Furnish, Foreign Investment and Transfer of Technology Laws and Regulations in the Andean Common Market (Legal Aspects of Doing Business in Latin America 1980).

7- Damian F. Beccar Varcla , Argentina Reserves Trend and offers Protection for the Supplier of Technology (in Current legal Aspects of Doing Business in Latin America , editor Stanley Stairs –Published by ABA-1981) .

8- Dennis Champell , 2 Legal Aspects of Doing Business in Latin America (International Business Series 1991) .

9- Hein Bardehle ,Negotiation Terms and Conditions of Technology Transfer Arrangements (Seminar on Intellectual Property Licensing and dispute Resolution, Cairo March 9 and 10, 1998) Document no. E-ARB/LIC/CAI/98/1 (February 27 ,1998) .

10- John H. Barton & Robert B. Dellenbach & Paul Kuruk, Toward a Theory of Technology Licensing , 25 Stanford Journal of International Law PP .195 – 229 (1988 – 1989).

11- Kari Sipila, Intellectual Property, Valuation and Exploitation, WIPO Arab Regional Symposium on the Economic Importance of Intellectnal Property Rights, Muscat, February 22 to 24 1999) Doc. no. E–WIPO/IPR/MCT/99/2 Feb .1999) .

12- Peter Takirambudde, Technology Transfer and International Law (1980) .

13- Pierre V. F. Bos & Marco M. Slotboom, The EC Technology Transfer Regulation – A Practical Perspective , Volume 32 No.1 The International Lawyer, pp1-25 (Spring 1998) .

14- Transfer of Technology, The UNIDO "Guidelines" Paper – Alternative Channels For in – Flow of Technology – (Published in Legal Aspects of the Transfer Technology , editors : Russel B. Sunshine & Richard Baxbaum,pp 11-15 (1997) .



فهـــــرس



الحمـايـة الإجرائيـة للـبـيـئـة

المشكلات المتعلقة بالضبطية القضائية والإثبات
فى نطاق التشريعات البيئية

دكتـــــور
أمين مصطفى محمد
كلـيــــة الحـقــوق
جـــامـــعـة الإسكندريـــــة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَالأرضَ مَدَدْنها وَألقَينَا فِيهَا رَوسى وأنبتنَا فِيهَا
مِن كُلِّ شَيءٍ مَّوزُونٍ ﴾

(آية ١٩ سورة الحجر)

١-يعد السلوك الإنسانى أحد العوامل الهامة المؤثرة علـــى البيئـــة سواء بتلويثها أو الحفاظ عليها. فنظافة البيئة وسلامتها تعتمد أساساً علـــى مدى دور الإنسان فى التعامل مع البيئة التى تحيط به. وبعد أن زادت فى الآونة الأخيرة أساليب تلوث البيئة، وتأثر الإنسان والحيوان والنبات بـــهذا التلوث،بدأ الاهتمام بالبحث عن الوسائل المناسبة التى تضمن توفير بيئـــة سليمة ونظيفة.

ولقد اهتم المجتمع الدولي بموضوع البيئة من خلال منظمة الأمـــم المتحدة[١] التى أكدت منذ عام ١٩٤٨ على حق الإنسان فى التمتع ببيئـــة سليمة ونظيفة ، إذ تؤكد المادة ٢٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنســـان على أن لكل شخص الحق فى مستوى معيشي مناسب للحفاظ على صحته وكيانه. وازداد اهتمام الأمم المتحدة بهذا الموضوع،فعقدت أول مؤتمراتها حول البيئة فى مدينة ستوكهولم بالسويد عام ١٩٧٢ حيث وضع برنـــامج للأمم المتحدة للبيئة (PNUE) وتم الاعتراف من خلاله بحق الإنسان فـــى التمتع ببيئة سليمة ووسط بيئي متوازن، والتأكيد على واجبه فى حمايـــة وتحسين البيئة للأجيال الحالية والقادمة.

وهكذا بدأ الاهتمام بالبيئة على المستوى الدولي، وكان لـــه أثـــره الإيجابي على الدول النامية التى لم تكن تعير البيئة أى اهتمام لانشـــغالها بمشاكلها الداخلية، وعلى نحو قد شجع بعض الدول المتقدمة على استغلال هذه الدول للتخلص من نفاياتها الخطرة،مما حدا بالأمم المتحدة إلى إصدار

---

(١) Mohan PRABHU C.R. Rapporteur général congrès international sur les "crims contre l'environnement", organisé par la section candienne de l'association internationale de droit pénal . qui a eu lieu à Ottawa du 2 au 5 november 1992.. Rev. int. dr. pen. 1994. 3et p.663

اتفاقية Bale بشأن تنظيم حركة النفايات الخطرة عبر الحدود الدولية والتخلص منها.

واتجهت العديد من الدول بعد ذلك إلى إصدار القوانين اللازمة لحماية البيئة حتى أنه يصعب القول الآن بأنه لا توجد دولة واحدة لم تصدر بعد قانوناً يتعلق بحماية البيئة. وقد كان واضحاً من خلال القوانين المتعددة المتعلقة بالبيئة والدراسات المتعددة(١) الاهتمام بالحماية الموضوعية للبيئة من حيث تحديد الجرائم الماسة بالبيئة، وبيان أركانها، وأحكام المسئولية الخاصة بها والجزاءات المقررة لها، وكان لهذا الاهتمام ما يبرره لحداثة العهد بموضوع البيئة. ومع ذلك يبقى للجانب الإجرائي لحماية البيئة أهمية لا تنكر،نظراً لمدى أثر دور المكلفين بتطبيق أحكام التشريعات البيئية على أصحاب الشأن ومدى استجابة هؤلاء لتنفيذ المتطلبات القانونية،وخاصة وإنه لا يزال لدى البعض الشعور بأن اقتراف جريمة ماسة بالبيئة لا يعد فعلاً مخالفاً للدين أو الأخلاق. فضلاً على أن الاهتمام بالجانب الإجرائي للجريمة الماسة بالبيئة سوف يمهد الطريق لفرع قانوني جديد يمكن أن يطلق عليه القانون الجنائي البيئي(٢)يهتم بدراسة الظاهرة الخاصة بالاعتداءات غير المشروعة على البيئة، وبين جزاءاتها والإجراءات اللازمة لضبطها وإثباتها.

---

(١) راجع على سبيل المثال :
-الدكتور / نور الدين هنداوي -الحماية الجنائية للبيئة، دراسة مقارنة -دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٨٥.
-الدكتور/ عبد الرحمن حسين-الحماية الجنائية لحق الإنسان فى بيئة ملائمة- مكتبة نهضة الشرق -جامعة القاهرة، ١٩٨٥ .
-الدكتور /فرج صالح الهريش - جرائم تلويث البيئة، دراسة مقارنة -القاهرة، ١٩٩٨.

(٢) راجع بشأن القانون الجنائي البيئي Criminal environmental law الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة- قانون حماية البيئة، دراسة تأصيلية فى الأنظمة الوطنية والاتفاقية - جامعة الملك سعود، ١٩٩٧، ص٢٧ وما بعدها.

خطة البحث :

٢-لا يقتضى التعرض لدراسة الحماية الإجرائية للبيئة سرد كافة الموضوعات التى وردت فى قانون الإجراءات الجنائية ومحاولة تطبيقها على الجرائم الماسة بالبيئة، إذ إن أغلب القواعد الإجرائية التى تطبق على هذه الجرائم لا تختلف كثيراً عن تلك التى يتضمنها قانون الإجراءات الجنائية، فبالتالي لن ينصب اهتمامنا إلا على تلك القواعد الإجرائية التى قد تتميز بطابع خاص فى مجال التشريعات البيئية. وأهم هذه القواعد ما يتعلق بالضبطية القضائية وإثبات الجرائم الماسة بالبيئة. بل إنه فى نطاق هذين الموضوعين لن أتناول إلا ما يمثل تميز لهما فى نطاق التشريعات البيئية على نحو يجعله ينفرد بخصوصية معينة،مما يضعنا فى نهاية الأمر أمام عدة مشكلات، تتأتى من خلال حاجة هذه التشريعات البيئية لقواعد إجرائية خاصة بها.

ولهذا يمكن تقسيم هذا البحث إلى فصلين، أخصص أولهما لدراسة المشكلات المتعلقة بالضبطية القضائية فى مجال التشريعات البيئية، وأعرض فى ثانيهما للمشكلات المتعلقة بإثبات الجرائم الماسة بالبيئة، وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول: المشكلات المتعلقة بالضبطية القضائية فى نطاق التشريعات البيئية.

الفصل الثاني : المشكلات المتعلقة بإثبات الجرائم الماسة بالبيئة.

الفصل الأول
المشكلات المتعلقة
بالضبطية القضائية فى نطاق التشريعات البيئية

تمهيد وتقسيم :

٣-تتميز الضبطية القضائية فى مجال قوانين البيئة بأهمية دورها الذى يعتمد على الطبيعة الخاصة لمهام من تمنح لهم صفة هذه الضبطية . إذ يجب أن يكونوا على قدر كافٍ من التأهيل الفنى والخبرة العملية على نحو يضمن لهم ضبط وإثبات كافة الجرائم التى تقع فى مجال البيئة، حيث لا يمكن أن يستقل بهذه المهمة مأمورو الضبط ذوو الاختصاص العام لما قد يستلزمه الكشف عن بعض جرائم تلويث البيئة من توافر متخصصين قادرين على استعمال بعض الأجهزة الفنية الدقيقة. وإن كان هذا لا ينفى حق مأمورى الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام من ضبط جميع الجرائم بما فيها جرائم تلويث البيئة ، إذ إن إضفاء صفة الضبط القضائي(١)على موظف ما فى صدد جرائم معينة لا يعنى سلب تلك الصفة فى شأن هذه الجرائم من مأموري الضبط القضائي ذوى الاختصاص العام.

ويمكن تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الأداة القانونية المناسبة لمنح صفة الضبطية القضائية فى نطاق التشريعات البيئية.

المبحث الثاني: واجبات مأموري الضبط القضائي فى نطاق التشريعات البيئية .

---

(١) نقض أول ديسمبر ١٩٨٨، مجموعة أحكام النقض، س ٣٩ ص ١١٥٩
نقض أول يونيو ١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض، س ٤٠ ص ٥٩٤ .
نقض أول أكتوبر ١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض، س ٤٠ ص ٧٠٩ .

المبحث الثالث: الحماية القانونية اللازمة لمـــأموري الضبـــط القضـــائي المختصين بتطبيق التشريعات البيئية .

المبحث الرابع: إلتزام مأموري الضبـــط القضـــائي المكلفيـــن بتطبيـــق التشريعات البيئية بالمحافظة على أسرار المهنة .

المبحث الأول

الأداة القانونية المناسبة لمنح صفة الضبطية القضائية

فى نطاق التشريعات البيئية

٤-تختلف التشريعات فيما بينها من حيث تحديد الأداة القانونية المناسبة لتخويل بعض الموظفين صفة الضبطية القضائية ، ففى حين تمنح هذه الصفة بقرارات إدارية فى كل من التشريع المصري والكويتي فإنها لا تخول إلا بقانون فى نطاق التشريع الفرنسي .

إذ تجيز المادة ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية المصري لوزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص تخويل بعض الموظفين صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة إلى الجرائم التى تقع فى دوائر اختصاصهم وتكون متعلقة بأعمال وظائفهم. ورغبة من المشرع المصري فى توحيد وسائل منح صفة الضبطية القضائية قرر فى هذه المادة اعتبار النصوص الواردة فى القوانين والمراسيم والقرارات الأخرى بشأن تخويل بعض الموظفين اختصاص مأموري الضبط القضائي بمثابة قرارات صادرة من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص.

ومع ذلك فإن اختصاص وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص بمنح صفة الضبطية القضائية لبعض الموظفين لا يحول دون أن يتولى القانون نفسه منح هذه الصفة. وذلك كما جاء بالمادة ٧٨ من القانون رقم٤ لسنة ١٩٩٤ فى شأن البيئة، والتى قضت باعتبار مندوبي الجهات الإدارية المختصة والممثلين القنصليين فى الخارج من مأموري الضبط القضائي فيما يختص بتطبيق أحكام الباب الثالث من هذا القانون فى شأن حماية البيئة المائية من التلوث، ومع ذلك فقد أجازت المادة المذكورة لوزير العدل بالاتفاق مع الوزراء المعنيين منح هذه الصفة لعاملين آخرين وفقا

لما يقتضيه تنفيذ قانون البيئة وبما يتفق وقواعد القانون الدولي.

وإن كان يثور التساؤل في هذا المجال عن مدى حاجة القوانين المختلفة بما فيها قانون البيئة المذكور من حيث النص صراحة على مكنة وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص بمنح صفة الضبطية لبعض الموظفين في مجال تطبيق القانون المصرى؟ ألم يكن يكفي وجود نص المادة ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية سالفة الذكر، والتى تسمح صراحة بهذه المكنة لوزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص باعتبارها النص العام الذى بناءً عليه يكون للوزير المختص أن يطلب من وزير العدل منح صفة الضبطية القضائية للموظفين اللازمين لتنفيذ أحكام قانون ما .

وعلى عكس الوضع فى التشريع المصرى لا تمنح صفة الضبطية القضائية فى نطاق التشريع الفرنسي إلا بقانون(١) ، وهذا ما تقتضيه المادة ٣/٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والتى تحدد مأموري الضبط، حيث تنص فى فقرتها الثالثة على تلك الطائفة من الموظفين أو الأعضاء الذين يخول لهم القانون بعض سلطات الضبط القضائي . وهكذا لا تمنح صفة الضبطية القضائية للموظفين فى فرنسا إلا بقانون يسمح لهم بتنفيذ أحكامه، وذلك من خلال النص على منحهم بعض سلطات مأموري الضبط التى تتناسب وما يقتضيه تنفيذ تلك الأحكام.

---

(١) راجع فى شأن ذلك :

- Gaston STEFANI, Gearges LEVASSEUR et Bernard BOULOC. Procéduer Pénale Dalloz. Paris. 16e éd. n° 296. p. 306.

Jean PRADEL. Prpcedure Pénale 9ème éd Cujas. Paris. 1997. n° 142. p 147

ومن ذلك ما نصت عليه الماده ٢٢ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي التى تكلف المهندسين والفنيين العاملين فى المياه العذبة والغابات وكذلك مراقبي الحقول بالكشف عن الجرائم التى تقع ماسة بالغابات والحقول وضبطها، كما تحدد المواد من ٢٣ إلى ٢٦ من نفس القانون بعض سلطات مأموري الضبط التى يمكن لهؤلاء الموظفين من استعمالها فى سبيل تنفيذ مهامهم .

وعلى خلاف الوضع فى كل من القانون المصرى والفرنسي، فلم يعالج المشرع الكويتي مسألة منح صفة الضبطية القضائية لبعض الموظفين، بل الأكثر من ذلك فلقد أتى قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي خالياً[1] تماماً من لفظ " الضبط القضائي" ولم يحدد الأشخاص المنوط بهم القيام بهذا الدور. وبالتالي لا يشترط فى نطاق التشريع الكويتي منح صفة الضبطية لموظفين بواسطة القانون كما هو الوضع فى فرنسا أو حتى بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص كما هو الوضع فى مصر، بل يكفى فى نطاق التشريع الكويتي أن يصدر مجرد قرار إداري[2]من أحد كبار الموظفين - والذى لا يشترط أن يكون وزيراً- يعينه القانون ليصدر القرار الخاص بتحديد الموظفين

---

(١) الدكتور / عبد الوهاب حومد- الوسيط فى الإجراءات الجزائية الكويتية - مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٧، ص ٦٠.
-الدكتور/ إبراهيم إبراهيم الغماز-المشكلات العملية فى قانون الإجراءات الجزائية الكويتي-الكويت، ١٩٩٦،ص ٨.

(٢) ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٤٥ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٩٦فى شأن إصدار قانون الصناعة الكويتي بأنه " يكون " للموظفين الذين ينتدبهم رئيس مجلس إدارة الهيئة (الهيئة العامة للصناعة) لمراقبة تنفيذ هذا القانون حق دخول المنشآت ومقار الحرف الصناعية والتفتيش ولهم ضبط الحالات المخالفة لأحكام هذا القانون وتحرير المحاضر اللازمة وإحالتها إلى الجهات المختصة ولهم الاستعانة برجال الشرطة إذا لزم الأمر

اللازمين لتنفيذ أحكام قانون ما، ومنحهم صفة الضبطية القضائية اللازمة. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١١ من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٥ بشأن إنشاء الهيئة العامة للبيئة حيث تسمح للمدير العام للهيئة العامة للبيئة بندب الموظفين اللازمين للقيام أعمال التفتيش التى يتطلبها تنفيذ هذا القانون أو اللوائح والقرارات المنفذة له وإثبات ما يقع من مخالفات لأحكامه، ويكون لهؤلاء الموظفين فى سبيل القيام بهذه الأعمال دخول الأماكن وإجراء القياسات والدراسات اللازمة لتحديد مدى تلوث البيئة ومصادر التلوث والتأكد من تطبيق النظم والاشتراطات الخاصة بحماية البيئة، كما لهم الاستعانة برجال الشرطة إذا اقتضى الأمر ذلك.

وخلو التشريع الكويتي من التحديد الصريح للأداة اللازمة لمنح صفة الضبطية القضائية لبعض الموظفين يعد فراغاً تشريعياً يجب سده، إذ إن ترك الأمر هكذا لمحض سلطة تقديرية لأحد المسئولين الإداريين حتى ولو تم تحديده بواسطة قانون قد يؤدي إلى تمتع هؤلاء الموظفين المخولين صفة الضبطية القضائية بسلطات واسعة وذلك كله على حساب حريات الأفراد وحقوقهم ، فضلاً عما قد ينتج عن ذلك من تداخل اختصاصات لبعض هؤلاء الموظفين وتضاربها. فالأمر فى حاجة إلى قصر منح صفة الضبطية القضائية على جهة واحدة، ولتكن -كما هو الوضع فى القانون المصري- وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص، وقد يعد هذا السبيل أفضل من نظيره فى نطاق التشريع الفرنسي الذى لا تمنح خلاله صفة الضبطية القضائية لبعض الموظفين إلا بواسطة القانون، وهذا ما قد يتمشى وطبيعة كل من التشريع المصري والكويتي من حيث منح صفة الضبطية القضائية لبعض الموظفين يتم تحديدهم -غالبا- بأسمائهم وليس بالمسمى الوظيفي لهم كما يفضل المشرع الفرنسي.

وتجدر الإشارة إلى أهمية دور مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص في نطاق التشريعات البيئية،إذ إن مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام يفتقدوا للتأهيل المناسب، وكذلك للوسائل والأدوات اللازمة التي تعينهم على ضبط الجرائم البيئية.ومع ذلك فأعداد الموظفين المختصين بضبط الجرائم البيئية يبقى ضئيلاً[1] بالمقارنة بما يجب عليهم القيام به من أعمال مراقبة ومتابعة وتفتيش للحفاظ على البيئة سليمة ونظيفة.

---

(1) Michel PRIEUR. Droit de L'environnement. Dalloz. Paris. 1996. n° 928. p.824

المبحث الثاني

واجبات مأموري الضبط القضائي

فى نطاق التشريعات البيئية

تمهيد وتقسيم :

٥-إن الحديث عن واجبات مأمورى الضبط القضائي فى نطاق قوانين البيئة المختلفة لا يمكن أن يتشابه بأى حال من الأحوال بما هو عليه الوضع فى قوانين الإجراءات الجنائية. إذ إن الطبيعة المميزة لجرائم تلويث البيئة تتطلب أيضا دورا متميزا لمأموري الضبط القضائي المكلفين بتنفيذ أحكام القانون قبلها .

وهذا ما جعل المشرع الفرنسي من جانبه يتدخل فى مواضع عدة ليحدد اختصاصات مأموري الضبط بشأن جرائم تلويث البيئة بحيث لا يسمح لهم بكافة اختصاصات مأموري الضبط القضائي المنصوص عليها فى قانون الإجراءات الجنائية، والتى لا يتطلب أداؤهم لأعمالهم ممارستها بشأن هذا النوع من الجرائم.وهذا ما تقضى به المادة ٢٨ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي،إذ تؤكد على أن الموظفين وأعضاء الإدارات والخدمات العامة والذين تمنحهم قوانين خاصة بعض سلطات الضبط القضائي يمارسون هذه السلطات فى حدود الشروط والقيود المحددة لهم بواسطة هذه القوانين ، وبالتالي فلا يسمح لهم باتخاذ أى إجراء أو استعمال أى سلطات لا يعترف لهم بها القانون(١).

---

(١) راجع بشأن التطبيقات القضائية الخاصة بالمادة ٢٨ سالفة الذكر أحكام محكمة النقض الفرنسية التالية :

- Crim . 11 Mai 1993. Gaz. Pal . 1993 .1. 244 . note PANNIER.
- Crim 18 Déc 1989 JCP1990 .II.21531. note CHAMBON: D. 1991 Somm 174. obs PANNIER.

ومن القوانين الخاصة التى تحدد بعض سلطات الضبط القضـــائي الممنوحة لموظفي أو أعضـــاء الإدارات المختلفـــة القـــانون الزراعـــي الفرنسي، وذلك فيما يتعلق بالصيد فى المياه العذبة أو مياه البحر (المـــواد L.228-26 L. 337-1 ,R. 237-1) .

وعلى العكس من ذلك لم يرد فى ذهن المشرع المصري أو الكويتي فكرة تحديد اختصاصات مأموري الضبط القضـــائي ذوى الاختصـــاص الخاص بشأن جرائم تلويث البيئة، مما يدعو فى النهاية إلى الاعتراف لهم بكافة اختصاصات مأموري الضبط القضائي المنصوص عليهـــــا فـــى قانون الإجراءات الجنائية، وعلى نحو قد لا يتطلبه تطبيق قانون البيئـــــة سواء فى مصر أو الكويت .

وهذا يدعونا إلى التعرض لدراســـة واجبـــات مـــأموري الضبـــط القضائي فى نطاق قوانين البيئة بناء على ما تضمنه قـــانون الإجـــراءات الـــجنائية تحديداً لتلك الواجبات بصفة عامة. وبيان مدى عدم ملاءمة هذه الاختصاصات الواسعة وطبيعة تطبيق أحكام قوانين البيئة .

وبناءً على ما سبق تمثل المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائيـــة المصري القاعدة العامة بشأن تحديد واجبات مأموري الضبط القضـــــائي ذوي الاختصاص الخاص بشأن تطبيقهم لقانون البيئـــة، وتنـــص هـــذه المادة على أنه "يجب على مأمورى الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغـــات والشكاوى التى ترد إليهم بشأن الجرائم، وأن يبعثوا بها فوراً إلى النيابـــة العامة، ويجب عليهم وعلى مرؤسيهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحـات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التى تبلغ إليهم، أو التـــى يعلنون بها بأية كيفية كانت، وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظيـــة اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة .

ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التى يقوم بها مأمورو الضبط القضائي فى محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت إتخاذ الإجراءات ومكان حصولها، ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا. وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة" .

وهكذا تعدد هذه المادة واجبات مأمورى الضبط القضائي بصفة عامة والتى يمكن اعتبارها أيضا واجبات مأموري الضبط القضائي ذوي الصفة الخاصة المكلفين بتطبيق قانون البيئة، وكما سبق القول آنفاً[١] فإن الطبيعة الخاصة بجرائم تلويث البيئة تجعل دور مأموري الضبط القضائي متميزاً عند تطبيق أحكام القانون قبلها، وبالتالي فعند قيامهم بتلك الواجبات المذكورة آنفاً والتى لن تكون فى حقيقتها –ولا يجب أن تكون– كتلك الواجبات التى يضطلع بها مأمور الضبط القضائي عادة. وينطبق هذا القول بصفة خاصة على ما يتعلق بدور مأموري الضبط القضائي المكلفين بتنفيذ أحكام التشريعات البيئة بشأن قبول التبليغات والشكاوى الخاصة بجرائم تلويث البيئة، وإجراء التحريات الخاصة لضبط هذه الجرائم، وتحرير المحاضر اللازمة لذلك.

وأعرض لهذه الموضوعات فى ثلاثة مطالب، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : انحسار دور مأمورى الضبط القضائي بشأن قبول التبليغات والشكاوى الخاصة بجرائم تلويث البيئة.

---

(١) راجع ما سبق بند ٥.

المطلب الثاني : تعاظم دور مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص بشأن إجراء التحريات اللازمة لضبط الجرائم الماسة بالبيئة.

المطلب الثالث : تحرير المحاضر الخاصة بضبط الجرائم الماسة بالبيئة .

المطلب الأول

انحسار دور مأموري الضبط القضائي بشأن قبول التبليغات والشكاوى الخاصة بجرائم تلويث البيئة

٦- إن الطبيعة الخاصة لجرائم تلويث البيئة تجعل الإبلاغ عنها وتقديم شكوى بشأنها أمراً غير متصور فى كثير من الأحوال، فكثير من تلك الجرائم يمكن أن يقع ويتحقق ضررها دون أن يدرى بها أحد، اللهم بعض المتخصصين المجهزين بأدوات خاصة لكشفها، أما الفرد العادي وخاصة فى مجتمعات العالم الثالث فيصعب عليه اكتشاف ما هو ضار البيئة، وما هو يشكل جريمة بشأنها ويستحق التبليغ عنه، بل الأكثر من ذلك قد يقدم البعض على مخالفة أحكام قانون البيئة ويشكل سلوكه جريمة ضد البيئة وهو لا يدري أنه مخالف، وخاصة فى ظل تضخم لوائح قوانين البيئة وتضمنها معايير عدة وقياسات مفصلة وردت فى ملاحق وجداول مختلفة، والأمثلة على ذلك كثيرة منها تجاوز الحدود القصوى لملوثات الهواء الخارجي، أو الحدود المسموح بها لشدة الصوت ومدة التعرض الآمن لها داخل أماكن العمل وداخل الأماكن المغلقة..

هذا فضلا عن دور الوعى الثقافي وإحساس الفرد العادي بمدى جسامة الآثار الضارة الناشئة عن ارتكاب جرائم ضد البيئة ، فقد يصل

لعلمه أمر وقوع إحدى تلك الجرائم، ولكنه يمتنع عن التبليغ عنها باعتبارها لا تشكل -لديه أو لغيره- ضرراً فورياً يلزم التصدي له.

وهذا ما تنبه إليه المشرع المصرى أثناء إعداد قانون البيئة ولائحته التنفيذية ، وحاول أن يتجنبه بوسيلتين هما :

الوسيلة الأولى: التأكيد على حق التبليغ عن جرائم تلويث البيئة

٧-أكد قانون البيئة المصرى على هذا الحق على الرغم من وجود نص المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية التى تسمح لكل من علم بوقوع جريمة يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأمورى الضبط القضائي عنها.

ويحمل هذا التأكيد الرغبة فى حث الأفراد على عدم التردد فى الإبلاغ عن جرائم البيئة بصفة عامة، إذ تقضى المادة ١٠٣ من القانون رقم ٤ لسنة ٩٤ بإصدار قانون فى شأن البيئة ولائحته التنفيذية بأنه "لكل مواطن أو جمعية معنية بحماية البيئية الحق فى التبليغ عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون" .

وتقديراً من المشرع المصرى لأهمية التبليغ عن جرائم البيئة، فإنه حرص على تضمين اللائحة التنفيذية لقانون البيئة ما يؤكد هذا الحق عندما نص بالمادة ٦٥ من تلك اللائحة على أنه "يجوز لكل مواطن أو جمعية معنية بحماية البيئة اللجوء إلى الأجهزة الإدارية والقضائية المختصة بغرض تنفيذ أحكام قانون البيئة وما ورد بهذه اللائحة ، وعلى وزارة الداخلية بالتنسيق مع جهاز شئون البيئة إنشاء شرطة متخصصة لحماية البيئة بالوزارة ومديريات الأمن بالمحافظات ، تختص بالعمل على تنفيذ أحكام القوانين والقرارات المتعلقة بحماية البيئة ، وكذا تلقى الشكاوى

والبلاغات التى تقدم فى هذا الشأن ، واتخاذ الإجراءات القانونية بشأنها".

وحسناً فعل المشرع المصرى عندما أكد فى كل من قانون البيئة ولائحته على دور الجمعيات المعنية[١] بالبيئة فى الحفاظ على البيئة من خلال أعضائها الذين يتعاظم دورهم باعتبارهم مهتمين بشئون البيئة على نحو قد يغطي العجز فى أعداد المتخصصين من مأمورى الضبط فى هذا المجال، وخاصة أمام تعدد وتضخم الأفعال المخالفة للبيئة التى يتطلب لكشفها أساليب ومعدات خاصة.

الوسيلة الثانية: الإبلاغ الإلزامي عن بعض الجرائم الماسة بالبيئة

٨- إذا كان الإبلاغ عن الجرائم كقاعدة يعد حقاً للأفراد لهم أن يستعملوه أو يمتنعوا عنه إن أرادوا، إلا أن المشرع ولحكمة خاصة تعود لطبيعة بعض الجرائم قد يلزم الأفراد بالإبلاغ عنها ، وبالتالي يصبح الإبلاغ عن هذه الجرائم واجباً يلتزم به الأفراد، ويتعرضون للعقاب إذا علموا بوقوعها وامتنعوا عن الإبلاغ عنها.

وذلك كما هو الحال فى قانون العقوبات المصري حيث تلزم المادة ٨٤ منه كل من يعلم بارتكاب إحدى الجنايات أو الجنح المضرة بأمن الحكومة من جهة الخارج بإبلاغ السلطات المختصة وإلا تعرض لعقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتضاعف هذه العقوبة إذا وقعت الجريمة فى زمن الحرب.

---

(١) كما تجيز المادة الخامسة من القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٣ فى شأن المحميات الطبيعية لجمعيات حماية البيئة المشهرة وفقا للقانون اللجوء إلى الأجهزة الإدارية والقضائية المختصة بغرض تنفيذ أحكام القانون والقرارات المتعلقة بحماية المحميات الطبيعية .

والحكمة من الإبلاغ الإلزامي عن بعض الجرائم قد تبدو ساطعة فى مجال قوانين البيئة حيث قد تقع بعض الجرائم بالمخالفة لـــهذه القوانيــن ويصعب أو يستحيل أن يعلم بها أحد إلا مرتكبها. ومن ذلك ما ورد فـــى صلب قانون البيئة المصرى حيث تفرض المادة ٥٥ منـــه علـــى مـــالك السفينة أو ربانها أو أى شخص مسئول عنها وعلى المسئولين عن وسائل نقل الزيت الواقعة داخل الموانى أو البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية ، وكذلك الشركات العاملة فى استخراج الزيت أن يبادروا فورا إلى إبلاغ الجهات الإدارية المختصة عـــن كـل حادث تسرب للزيت فور حدوثه، مع بيان ظروف الحادث ونوع المـــادة المتسربة والإجراءات التى اتخذت لإيقاف التسرب أو الحد منه،وغير ذلك من البيانات المنصوص عليها فى الاتفاقيات الدولية واللائحة التنفيذية لهذا القانون . وتعاقب المادة ٩٢ من نفس القانون كل من يخل بهذا الالـــتزام بغرامة لا تقل عن سبعين ألف جنيه ولا تزيد على ثلاثمائة ألف جنيـــه، وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس وغرامة لا تقل عن ثلاثمائة ألـــف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تقديم البلاغ يكون واجبا على الموظـف العام الذى يعلم بارتكاب جريمة أثناء تأدية عمله أو بســببه، إذ توجـب المادة ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى على كل من علم مـــن الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأدية عمله أو بســبب تأديته بوقوع جريمة من الجرائم التى يجوز للنيابة العامة رفع الدعـــوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ عنها فورا النيابـــة العامـــة أو أقــرب مأمور من مأمورى الضبط القضائي .

ولم يقرر المشرع المصرى جزاء جنائياً على مخالفة هذا الواجب[1] إذ لا يترتب على قعود الموظف عن أدائه توقيع عقوبة، ومع ذلك يجوز أن يسأل عن ذلك تأديبياً .

وقد كان أولى بالمشرع المصرى أن يضمن قانون البيئة هذا النص مدعماً بجزاء جنائي نظراً لملاءمته وطبيعة الجرائم الماسة بالبيئة التى قد تقع ويتخلف عنها أضرار جسيمة دون أن ينتبه لها أحد، اللهم إلا ممن يفترض فيهم بحسب مؤهلاتهم ووظائفهم وما يحتكمون عليه من أجهزة، فمثل هؤلاء يجب عليهم أن يلتزموا بالإبلاغ الفورى عما يكتشفونه من جرائم ماسة بالبيئة أثناء قيامهم بأعمالهم أو بسببها .

فقد يكون من ضمن هؤلاء القائمين على محطات توليد الطاقة الكهربائية أو المياه أو أية مشروعات تتداول فيها مواد ونفايات خطرة أو تنبعث منها ملوثات للهواء تتجاوز الحدود المسموح بها. وقد يكون لهذا أيضا دوره فى السيطرة على الحادث البيئي منذ وقوعه على نحو يسمح بتقليل الآثار الضارة التى يمكن أن تنجم عنه.

وقد ألزم المشرع الفرنسي[2]مستغل المنشأة المصنفة التى تتعرض لحادث ما أو حريق بإبلاغ الجهة المختصة برقابة مثل هذه المنشآت وذلك فى أقرب فرصة ممكنة، وذلك طبقاً للمادة ٣٨ من المرسوم الصادر فى ٢١ سبتمبر ١٩٧٧ .

---

(١) الدكتور / محمود نجيب حسنى- شرح قانون الإجراءات الجنائية- الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٨ ، رقم ٥٥٤ ، ص ٥١٨.

(٢) Michel PRIEUR , Droit de l'environnement, 3e edition , op cit. n° 584, p. 458

المطلب الثاني

تعاظم دور مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص بشأن إجراء التحريات اللازمة لضبط الجرائم الماسة بالبيئة

٩- أمام تضاؤل دور الأفراد فى الإبلاغ عن الجرائم البيئية إما بسبب عدم قدرتهم على إدراك وقوعها أو استهانتهم بخطرها أو ضررها فإنه يجب على مأمورى الضبط ذوى الصفة الخاصة المكلفين بتطبيق أحكام قانون البيئة التحرك وإجراء التحريات اللازمة، وجمع المعلومات اللازمة للكشف عن كل ما يخالف هذا القانون. فهؤلاء هم أقدر من غيرهم – حتى من مأمورى الضبط القضائي ذوى الاختصاص العام- وذلك لما يحتكمون عليه من أجهزة خاصة تساعد فى الكشف عن الجرائم الماسة بالبيئة .

وتوجب المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى على مأموري الضبط القضائي بصفة عامة القيام بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها.

وقد أكد قانون البيئة المصرى على هذه القاعدة فى أكثر من موضع، إذ تنص المادة ٨٠ منه على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية يكون لمأموري الضبط القضائي المشار إليهم فى المادة (٧٨) كل فيما يخصه، الصعود إلى ظهر السفن والمنصات البحرية ودخول المنشآت المقامة على شاطئ البحر، وتفقد وسائل نقل الزيت والمواد الملوثة للبيئة البرية **للتحقق** من التزامها بتطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، وتوفير المعدات ووسائل معالجة المخلفات" .

وفى نفس الإطار تنص المادة ١٠٢ من قانون البيئة المصرى على

أنه "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٧٨) من هذا القانون يكون لموظفي جهاز شون البيئة وفروعه بالمحافظات، الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص لشئون البيئة صفة مأموري الضبط القضائي فى **إثبات** الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له" .

وهكذا يتجلى دور مأمورى الضبط القضائي ذوى الصفة الخاصة بشأن تطبيق أحكام قانون البيئة، وخاصة فيما يتعلق بجمع المعلومات، والذى لن يتأتى إلا من خلال تحركهم وقيامهم بالاختبارات اللازمة للتحقق من مدى التزام الأفراد والمؤسسات بأحكام قانون البيئة والقرارات المنفذة له. ويستلزم عمل مأموري الضبط القضائي هنا الخروج إلى أماكن معينة للتحقق من مدى مطابقتها أو إلتزامها بالمعايير الخاصة بالمحافظة على البيئة نظيفة وسليمة. فقد يذهب هؤلاء إلى أماكن عامة بطبيعتها لرقابة مدى سلامة التربة أو المياه أو الهواء بها، ولكن الغالب أن يذهب هؤلاء إلى منشآت مقامة – وسواء أكانت خاصة أو عامة- يلزم أن يحترم القائمون عليها ما يتطلبه قانون البيئة ولائحته . وهذا ما نعرض له على النحو التالي :

الفرع الأول : إجراء التحريات فى الأماكن العامة بطبيعتها.

الفرع الثانى: إجراء التحريات فى أماكن العمل المختلفة.

الفرع الثالث: إجراء التحريات على ظهر السفن.

الفرع الأول

إجراء التحريات فى الأماكن العامة بطبيعتها

١٠-المقصود بالأماكن العامة بطبيعتها تلك الأماكن التى يمكن لأى شخص الدخول فيها أو المرور بها وذلك كالشوارع والمزارع والحدائق

والشواطئ العامة. ومأمورو الضبط القضائي المكلفون بتنفيذ أحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية كثيراً ما يتطلب عملهم أخذ عينات من التربة أو الهواء أو الماء للتحقق من مدى سلامتها وتطابقها مع المعايير البيئية المنصوص عليها، وهذا قد يتطلب منهم الذهاب إلى الصحراء أو المزارع أو الأنهار أو البحار للحصول على تلك العينات فى أى وقت.

والأصل إن إجراء التحريات فى مكان عام بطبيعته لا يقصد منه ضبط مرتكب جريمة ماسة بالبيئة بقدر ما يقصد منه التحقق من وقوع تلوث أو جريمة أضرت بهذا المكان، وأخلت بالتالي بتوازنه البيئي مما يتطلب التدخل لاتخاذ ما يلزم بشأن وقف هذا الاختلال .

ويؤكد ما سبق موقف المشرع المصرى بشأن جملة تلوث الهواء الخارجي، إذ تنص المادة ٣٤ من قانون البيئة لديه على أنه "يشترط أن يكون الموقع الذى يقام عليه المشروع مناسباً لنشاط المنشأة بما يضمن عدم تجاوز الحدود المسموح بها لملوثات الهواء،وأن تكون جملة التلوث الناتج عن مجموع المنشآت فى منطقة واحدة فى الحدود المصرح بها.."

وقد حددت اللائحة التنفيذية بها القانون بالمادة ٣٤ منها المقصود بتناسب موقع المشروع مع نشاطه حيث أكدت على ضرورة اتفاقه مع طبيعة تقسيم المنطقة ووفق خطة استخدام الأرض التى تقررها وزارة المجتمعات العمرانية الجديدة بحيث تكون جملة التلوث الناتج عن مجموع المنشآت فى منطقة واحدة فى الحدود المصرح بها، والتى حددتها اللائحة التنفيذية فى الملحق رقم (٥) منها، والذى يتضمن الحدود القصوى لملوثات الهواء الخارجي.

وبالتالي فإن عمل مأموري الضبط القضائي المختصين فى هذه الحالة لا يستلزم الدخول لمكان يستغله أحد، بل يكفيهم أن يتواجدوا فى

منطقة صناعية ليحصلوا على عينات من الهواء الخارجي بها للتحقق من تركيز الملوثات به، ومدى تجاوزها للحدود المنصوص عليها. وفى كل الأحوال فإنه إذا تأكد مأمورو الضبط القضائي فى هذه الحالة من وجود تجاوز للحدود المنصوص عليها، وبالتالي وجود تلوث بالهواء الخارجي فإنه لا يمكن توجيه الاتهام لأحد لأنه أخل بما يجب أن يكون عليه جملة الهواء الخارجي بالمنطقة الصناعية لاستحالة إثبات ذلك .

ومع ذلك فإن التحقق من وجود تلوث فى جملة الهواء الخارجي لمنطقة صناعية أو حتى سكنية يعد مؤشراً لعدم التزام بعض المنشآت بالحدود المسموح بها لملوثات الهواء فى الإنبعاثات(١) التى تصدر عنها. إذ يفترض أنه تم تقسيم المنطقة الصناعية وتوزيع المنشآت بها بحيث تكون جملة الانبعاثات المسموح بها والتى تصدر من المنشآت المختلفة لا تتجاوز الحدود القصوى لملوثات الهواء الخارجي .

وكما يجب أن نشير إلى أنه لا يجب أن يفهم من عدم وجود تلوث بجملة الهواء الخارجي فى المنطقة الصناعية الواحدة على أن المنشآت المختلفة بهذه المنطقة ملتزمة بالنسبة للإنبعاثات التى تصدر عنها، إذ قد تكون هناك منشآت متجاوزة للحدود المسموح بها لملوثات الهواء فى الانبعاثات وذلك على حساب بعض المنشآت الأخرى الملتزمة بحدود إنبعاثات أقل من تلك المسموح بها، وهذا بسبب ما تعتمد عليه من تكنولوجيا حديثة تؤدي إلى خفض معدل إنبعاث ملوثات الهواء الخارجي الصادرة منها.

ويتشابه دور مأمورى الضبط القضائي المختصين بتنفيذ قانون

(١) وذلك طبقاً لما هو وارد بالملحق رقم ٦ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري.

البيئة ولائحته بشأن فرض رقابتهم على جملة التلوث للهواء الخارجي على النحو المذكور آنفاً مع دورهم فى رقابة المستويات المسموح بها لشدة الصوت (الضوضاء) فى البيئة الخارجية ، إذ تقضى المادة ٢/٤٢ من قانون البيئة المصرى بأنه " وعلى الجهات مانحة الترخيص مراعاة أن يكون مجموع الأصوات المنبعثة من المصادر الثابتة فى منطقة واحدة فى نطاق الحدود المسموح بها.. " وقد بينت المادة ٢/٤٤ من هذه اللائحة تلك الحدود المسموح بها لشدة الصوت ومدة الفترة الزمنية للتعرض له .

ففى هذه الحالة يكون لمأمورى الضبط القضائى المختصين التواجد فى أى مكان يتوسط المنطقة المراد قياس شدة الصوت بها، وذلك دون حاجة للدخول فى مكان يستغله أحد، وبالتالي إذا ثبت تجاوز المستويات المسموح بها لشدة الصوت فى البيئة الخارجية فعليهم التأكد من عدم تجاوز المنشآت والأفراد للحدود المسموح بها لشدة الصوت داخل أماكن العمل والأماكن العامة المغلقة، وقد وردت هذه الحدود فى الملحق رقم ٧ من لائحة قانون البيئة المصرى .

الفرع الثاني

إجراء التحريات فى أماكن العمل المختلفة

١١- ويتجلى هنا الدور الأهم لمأمورى الضبط القضائي ذوى الاختصاص الخاص فى شأن حماية البيئة، إذ يلزمهم الدخول لأماكن العمل المختلفة للتحقق من مدى احترام التشريعات البيئية المختلفة والقرارات المنفذة لها(١).

---

(١) ولقد زاد فى الآونة الأخيرة الاهتمام ببيئة العمل وخاصة فى المنطقة العربية التى أولت هذا الموضوع اهتمامها من خلال منظمة العمل العربية، وصدرت العديد=

إذ إن الإخلال بتلك القواعد القانونية لن يكون له أثره الضار فقط على تلويث البيئة الخارجية، وإنما سيؤثر وبشكل مباشر على صحة العاملين بهذه الأماكن. ولهذا تنص التشريعات البيئية المختلفة صراحة على حق مأموري الضبط القضائي المختصين فى الدخول إلى أماكن العمل وضبط وإثبات كل ما يخالفها .

ولا يعنى حق مأموري الضبط القضائي فى دخول أماكن العمل المختلفة لمراقبة مدى الالتزام بالقوانين واللوائح المساس بحقوق مالكى أو مستغلى هذه الأماكن، فهو يبقى مجرد إجراء إدارى محض يجب أن ينحصر فى نطاق الغرض منه .

وطالما أن مهمة مأمور الضبط القضائي بمقتضى المادة الحادية والعشرين من قانون الإجراءات الجنائية هى الكشف عن الجرائم والتوصل إلى معاقبة مرتكبيها، فإن كل إجراء يقوم به فى هذا السبيل يعتبر صحيحاً منتجاً لأثره مادام لم يتدخل فى خلق الجريمة بطريق الغش أو الخداع أو التحريض على اقترافها، وطالما بقيت إرادة الجاني حرة غير معدومة، ولا تثريب على مأمور الضبط القضائي فى أن يصطنع فى

== من الاتفاقيات والتوصيات العربية فى هذا المجال كالاتفاقية العربية رقم(٧)والتوصية رقم (١) لعام ١٩٧٧ بشأن السلامة والصحة المهنية، والاتفاقية العربية رقم(١٣) والتوصية رقم (٥) لعام ١٩٨١ بشأن بيئة العمل والتى أكدت فيها على ضرورة حماية وتحسين بيئة العمل وجعل محيطه أكثر إنسانية وملاءمة للقدرات البشرية للعاملين، إضافة إلى وضع معايير خاصة للحدود القصوى للعوامل المؤثرة فى بيئة العمل. وقد نشرت مؤخراً معايير وحدود ومؤشرات التعرض المهني وذلك بالتعاون بين مكتب العمل العربي بالقاهرة والمعهد العربي للصحة والسلامة المهنية بدمشق .

راجع معايير وحدود ومؤشرات التعرض المهنى - منشورات المعهد العربي للصحة والسلامة المهنية ، دمشق ، ١٩٩٩.

تلك الحدود من الوسائل البارعة ما يسلس لمقصوده فى الكشف عن الجريمة ولا يتصادم مع أخلاق الجماعة(١).

وعلى الرغم من أنه لم ينص المشرع المصرى صراحة فى القانون ٤ لسنة ١٩٩٤ فى شأن البيئة على حق مأموري الضبط القضائى المختصين فى الدخول إلى أماكن العمل (٢)، إلا أنه يمنحهم بنص المادة ١٠٢ من هذا القانون الحق فى إثبات الجرائم المخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له، وهذا أمر يقتضى السماح لهم بالدخول فى هذه الأماكن سواء للإطلاع على السجلات أو أخذ العينات اللازمة أو إجراء القياسات أو الاختبارات.

ومع ذلك فقد فصل المشرع المصرى دور مأمورى القضائي الضبط بشأن التفتيش فى مجال السلامة والصحة المهنية عندما قضى بالمادة ١٢٥ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ على أنه "..... على الجهة الإدارية المختصة أن تقوم بما يأتي:

---

(١) نقض ١٩ أبريل ١٩٩٠ ،مجموعة أحكام النقض ، س٤١ ص ٦٤٠.

(٢) وفيما يتعلق ببيئة العمل فى فرنسا فإنه تتكون لجان داخل المؤسسات يطلق عليها لجان الصحة وأمن وشروط العمل، حيث تشكل لجنة واحدة للمؤسسة التى لا يزيد عدد العاملين بها عن خمسمائة عامل ، وبالنسبة للمنشآت التى يتجاوز فيها عدد العاملين هذا العدد يمكن أن يشكل بها أكثر من لجنة،وذلك طبقا للقانون رقم ٨٢-١٠٩٧ الصادر فى ٢٣ ديسمبر ١٩٨٢ المعدل بالقانونين رقمي ٨٦-١٣٢٠ الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٨٦ و ٩١-١٤١ الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٩١.

وتختص هذه اللجان بكل ما يتعلق بحماية صحة وأمن العاملين بما فيهم العمال المؤقتين وكذلك تحسين ظروف العمل . وما قد يتعلق بذلك من حيث البيئة الطبيعية للعمل وما يلزم توافره بشأن درجة الحرارة والإضاءة والتهوية والضوضاء والأبخرة.

راجع لتفصيل أكثر :

Michel PRIEUR. Droit de l'environnement. op.cit.. n° 767. p. 629.

أولا: إعداد جهاز متخصص يقوم بالتفتيش على المنشآت الخاضعة لأحكام هذا الباب للتأكد من تنفيذها، وأن يتم التفتيش فى فترات دورية، وأن تتوافر فى أفراد جهاز التفتيش المؤهلات العلمية والخبرة المناسبة فى النواحي الطبية والهندسية والكيماوية ، ويكون لهم صفة الضبطية القضائية فى مراقبة تنفيذ أحكام السلامة والصحة المهنية فى أماكن العمل.

ثانيا: تنظيم برامج تدريبية متخصصة ونوعية لرفع كفاءة ومستوى أداء أفراد جهاز التفتيش المشار إليها فى البند السابق وتزويدهم بالخبرات الفنية بما يضمن تطبيق أفضل مستويات الصحة والسلامة المهنية .

ثالثا: تزويد جهاز التفتيش المشار إليه بأجهزة ومعدات القياس وكافة الإمكانيات اللازمة لأداء العمل " .

وعلى الرغم من اهتمام قانون العمل المصرى بتنظيم ما يكفل سلامة العاملين فى أماكن العمل، فإن قانون البيئة المصرى أكد من جانبه على حماية البيئة الداخلية للعمل ، إذ تلزم المادة ٤٣ من هذا القانون صاحب المنشأة باتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لعدم تسرب أو انبعاث ملوثات الهواء داخل مكان العمل إلا فى الحدود المسموح بها[١] سواء كانت ناتجة عن طبيعة ممارسة المنشأة لنشاطها أو عن خلل فى الأجهزة .

كما ألزمته نفس المادة المذكورة بتوفير سبل الحماية اللازمة

---

(١)وقد بينت المادة ٤٥ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري هذه الحدود وذلك بالملحق رقم (٨) من هذه اللائحة .

للعاملين تنفيذا لشروط السلامة والصحة المهنية بما فى ذلك اختيار الآلات والمعدات والمواد وأنواع الوقود المناسبة، على أن يؤخذ فى الاعتبار مدة التعرض لهذه الملوثات، وعليه كذلك أن يكفل ضمان التهوية الكافية وتركيب المداخن وغيرها من وسائل تنقية الهواء .

وهكذا حاز موضوع السلامة والصحة المهنية للعاملين اهتمام كل من قانون العمل والذى تختص بتطبيقه وزارة القوى العاملة والتشغيل وقانون البيئة والذى تشرف على تطبيقه وزارة البيئة . ولقد تنبه واضعوا اللائحة التنفيذية لقانون البيئة لهذا الأمر فقضوا بالمادة ٤٥ من هذه اللائحة بإلزام صاحب المنشأة باتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة التى تضعها وزارة القوى العاملة والتشغيل بما يضمن عدم تسرب أو انبعاث ملوثات الهواء داخل مكان العمل تزيد عن الحدود المسموح بها .

وهكذا يخضع صاحب العمل لتطبيق متطلبات مختلفة، إحداها تضعها له وزارة القوى العاملة والتشغيل، والأخرى تضعها له وزارة البيئة. وقد يؤدي هذا إلى تداخل اختصاصات كل من الجهتين ، وطالما أن الأمر فى النهاية يتعلق بحماية بيئة العمل الداخلية فإنه يجدر أن تضم الإدارة المختصة بالسلامة والصحة المهنية التابعة لوزارة القوى العامة والتشغيل إلى جهاز شئون البيئة باعتباره المختص حالياً برقابة بيئة العمل الخارجية وذلك كالتحقق من توافر معايير جودة الهواء الخارجي فى المناطق الصناعية ، إذ تلزم المادة ٣٥ من قانون البيئة المنشآت الخاضعة لأحكام هذا القانون فى ممارستها لأنشطتها بعدم انبعاث تسرب ملوثات للهواء بما يجاوز الحدود القصوى المسموح بها، كما يعد جهاز شئون البيئة المسئول عن رسم السياسة العامة وإعداد الخطط اللازمة للحفاظ على البيئة وتنميتها ومتابعة تنفيذها بالتنسيق مع الجهات الإدارية

المختصة (المادة ٥ من قانون البيئة) . ويكون لجهاز التفتيش على السلامة والصحة المهنية طبقاً للمادة ١٢٦ من قانون العمل المصرى الحق فيما يلي :

١-إجراء الكشف الطبي على العاملين بالمنشآت وكذلك البحوث الطبية والمعملية وغيرها للتأكد من ملاءمة ظروف العمل ومدى تأثيرها على المستوى الصحى والوقائي للعمل.

٢-أخذ عينة أو عينات من المواد المستعملة أو المتداولة فى العمليات الصناعية وغيرها مما يظن أن لها تأثيراً ضاراً على صحة العاملين وسلامتهم، وذلك بغرض تحليلها لمعرفة مدى هذا الأثر مع إخطار المنشأة بذلك.

وقد حدد المشرع الفرنسي سلطات الموظفين والأعضاء المختصين بتطبيق أحكام القانون رقم٩٦-١٢٣٩الصادر فى ٣٠ديسمبر ١٩٩٦ بشأن الهواء واستخدام الطاقة ، فقد سمح لهم بدخول الأماكن المختلفة فيما عدا المنازل، وذلك ما بين الساعة الثامنة صباحاً وحتى الساعة الثامنة ليلاً أو فى كل وقت تسمح فيه هذه الأماكن بدخول الجمهور أو عند عدم الانتهاء من إجراء رقابي بدأ فى الميعاد المحدد واستلزم استمراره بعد هذا الميعاد. كما لهم الاطلاع على كافة المستندات والحصول على صورة منها [١].

وتواجه مأمورى الضبط المختصين بتطبيق التشريعات البيئية بصفة

---

(١) راجع بشأن ذلك :

Bernard BOULOC, Chronique législative, constatation des infractions en matière de pollution de l'air . Rev. Sc. Crim. 1997. n° 3 . p. 671.

عامة مشكلتان رئيسيتان بشأن إجراء التحريات فى أماكن العمل ، أحدهما تتعلق بالخطوات المناسبة لأخذ العينات، والأخرى تتعلق بأجهزة ومعدات القياس المختلفة، وذلك على النحو الذى نعرض له فيما يلي :

أولا: الخطوات المناسبة لأخذ العينات اللازمة

١٢- يعتمد غالبا عمل مأمورى الضبط القضائي بشأن التحقق من مدى التزام المنشآت المختلفة بالتشريعات البيئية والقرارات المنفذة لها على الحصول على عينات سواء من المواد المتداولة أو المتخلفة، وسواء أكانت فى حالتها الغازية أو الصلبة أو السائلة. ومن ذلك ما تقضى به المادة ٧١ من قانون البيئة المصري من إلزام الجهات الإدارية المختصة (وهى معامل وزارة الصحة كما حددتها المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون) إجراء تحليل دوري لعينات المخلفات السائلة المعالجة والمتخلفة عن المنشآت الصناعية التى يصرح لها بتصريف مواد ملوثة قابلة للتحليل وذلك بعد معالجتها إلى البيئة المائية والشواطئ المتاخمة، وذلك بقصد التحقق من مدى مطابقة هذه المخلفات للمواصفات والمعايير المنصوص عليها فى الملحق رقم (١) من هذه اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ومن التشريعات البيئية[١] التى يلزم أيضا لتطبيق أحكامها أخذ عينة للتحقق من مطابقتها للمواصفات ولمعايير القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ فى شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث[٢]، إذ تخص المادة

---

(١) راجع أيضا بشأن أخذ العينات بقصد التحليل فى نطاق التشريعات البيئية الدكتور/ فتوح الشاذلي ، الحماية الإجرائية من الغش التجاري فى النظام السعودي، دراسة مقارنة للجوانب الإجرائية فى نظام مكافحة الغش التجارى. الرياض، ١٩٩٢، ص ٩٧ وما بعدها.

(٢) الجريدة الرسمية فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٨٢ العدد ٢٥ مكررا .

الثالثة منه أجهزة وزارة الصحة بـــإجراء تحليـل دوري لعينـــات مـــن المخلفات السائلة المعالجة المنصرفة من المنشـــآت التـــى رخـص لـــها بالصرف فى مجاري المياه، وذلك فى المواعيد التى تحددها بالإضافة إلى ما تطلبه وزارة الرى من تحليل فى غير المواعيد الدورية.

وتكون أجهزة وزارة الصحة مسئولة عن أخذ العينات وتحليلها على نفقة المرخص له، والذى يجب أن يودع مبلغا لدى الوزارة يتــم تحديــده طبقا لنوعية المخلفات على ذمة تكاليف أخـــذ العينـــة ونقلـــها وتحليلـــها (مادة٣/٢).

وإذا تبين من نتيجة تحليل العينات أنها تخالف المواصفات والمعايير المحددة وفقا لأحكام قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلـوث وبصورة تمثل خطرا فوريا على تلوث مجاري المياه، فيخطر صـــاحب الشأن بإزالة مسببات الضرر فورا، وإلا قامت وزارة الرى بذلــك علـــى نفقته أو قامت بسحب الترخيص الممنوح له ووقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري (مادة٣٠/ فقرة أخيرة).

ويبدو من المثالين السابقين أن أخذ العينة إجراء يجــب أن يحــاط ببعض الضمانات التى تكفل الحصول على العينة، والاحتفاظ بها بشـــكل صحيح حتى يتم تحليلها ومعرفة نتائجها. إذ إن أى خطأ يقع فـــى هـــذه المرحلة قد يؤدي إلى نتائج خاطئة تخالف المواصفات والمعايير المحددة، وبالتالي ينتهى الأمر بتقرير مسئولية صاحب المنشأة وتعريضه لجـزاءات جنائية أو إدارية .

ولهذا يلزم أن تتم عملية أخذ العينة وتحليلها ومعرفة النتائج باتبـــاع إجراءات معينة يمكن تحديدها بواسطة القرارات المنفذة للقوانيـــن التـــى تقضى بها. ويمكن القول بأن هذه الإجراءات يمكن حصرها فـــى ثلاثـــة

عناصر يلزم مراعاتها لضمان صحة أخذ العينة ونتائجها. وتتمثل هذه العناصر الثلاثة فى مراعاة كل من وقت أخذ العينة ومكان الحصول عليها، وحجمها ، والجهة المختصة بتحليلها وذلك بالتفصيل التالي :

١-وقت أخذ العينة

١٣-يمثل وقت أخذ العينة أحد العناصر الهامة التى تعتمد عليها دقة نتائج اختبارها، إذ كثيرا ما تختلف درجة التركيز فى العينة بحسب الوقت الذى تأخذ فيه ، فقد يتم أخذ العينة عند أقصى مرحلة لتشغيل المنشأة، أو فى وقت تختلف فيه درجة الرطوبة أو الحرارة أو التهوية بها.

ويتم التفتيش أصلا على المنشآت الصناعية فى أوقات العمل الرسمية التى تباشر فيها تلك المنشآت نشاطها عادة، بحيث يمكن التحقق من مدى التزامها وقت ممارسة نشاطها بالقوانين البيئية واللوائح المنفذة لها.

ومع ذلك فقد تعن الحاجة لإجراء التفتيش أو أخذ العينات ليلا أو فى غير أوقات العمل الرسمية، وهنا يلزم تنظيم هذا الأمر حتى لا يتم إساءة استعماله من قبل مأمورى الضبط. وهذا بالفعل ما أكد عليه المشرع المصرى فى القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بشأن العمل، إذ تمنح المادة ١٦١ منه العاملين الذين لهم صفة الضبطية القضائية حق الدخول إلى جميع أماكن العمل، والقيام فيها بأى تفتيش كان وفحص الدفاتر والأوراق التى لها علاقة بالعمال، وطلب البيانات اللازمة من أصحاب الأعمال أو من ينوب عنهم.

وقد سمحت الفقرة الثانية من هذه المادة لوزير القوى العاملة بأن يصدر قرارا ينظم به الوسائل التى تكفل حسن سير تفتيش العمل ليلا وفى

غير أوقات العمل الرسمية .

وقد أكد المشرع المصرى -في بعض المواضع- علـــى ضــرورة تحديد وقت أخذ العينة أو وقت إجراء الاختبار للتحقق من مدى مطابقـــة النتائج للمواصفات والمعايير المسموح بها. ومن ذلك ما تقضى به المـــادة ٢٢ من قانون البيئة من إلزام صاحب المنشأة بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة يسجل فيه الانبعاثات الصادرة عنـــها أو التـــى تصرف منها ومواصفاتها ومعدلاتها، إذ يلزم تحديد تاريخ ووقت ومكـــان كل عينة، وذلك عند إجراء الاختبارات على كل نـــوع مـــن الانبعاثـــات الصادرة عن المنشأة (غازية أو سائلة أو صلبة أو أخرى) وذلـــك علـــى النحو الذى فصلته المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون ومـــا ورد فى الملحق رقم ٢٣ منها.

كما أن لوقت إجراء الاختبار أهمية خاصة عند مراقبـــة الآلات أو المحركات أو المركبات التى ينتج عنها عادم للتحقق مـــن عـــدم تجـــاوز مكوناته للحدود المسموح بها الواردة فى المادة ٣٧من اللائحة التنفيذيـــة لقانون البيئة،إذ تحدد هذه المادة اشتراطات خاصـــة لإجراء الاختبار يلزم مراعاتها فى وقت معين،ومن ذلك حساب معدل انبعاث لبعض مكونـــات العادم عند السرعة الخاملة ومكونات أخرى تحسب عند أقصى تعجيل .

٢-مكان أخذ العينة

١٤- يجب بقدر الإمكان أن تؤخذ العينة من المكان المناسب الـــذى يضمن أن تعبر من خلاله هذه العينة بشكل مصغر عن المجموع الإجمالي للمصدر الذى تؤخذ منه بحيث تعبر نتائج الاختبار الذى يجري عليها عن الحالة الكلية لهذا المصدر للتحقق فى النهاية من مـــدى الـــتزام المنشـــأة بالمواصفات والمعايير التى يلزم توافرها طبقا للتشريعات البيئية .

وقد أهتم القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن صرف المتخلفات السائلة[١] بتحديد المكان الذى يجب أن تؤخذ منه العينة، إذ تتطلب المادة ٥٨ منه أن تكون العينة مماثلة لطبيعة المخلفات السائلة قدر الإمكان ومن مكان مناسب فى نهاية عملية التنقية أو بمكان الاتصال النهائي لمخلفات المنشأة أو عملية التنقية وفى المكان الذى تصرف عليه إلى المجاري المائية. وإذا كان هناك أكثر من مخرج لمخلفات المنشأة الواحدة فيجب أخذ عينة منفصلة من هذه المخارج كل على حده . ويراعى عند أخذ العينة وضع فوهة الوعاء بعكس اتجاه تيار الماء، ولا تؤخذ العينة من السطح ولا من القاع.

وقد سبق وأن أشرنا إلى التزام صاحب المنشأة طبقا للمادة ٢٢ من قانون البيئة المصري والمادة ١٧ من لائحته التنفيذية بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة ، إذ يلتزم بتحديد تاريخ ووقت ومكان العينة.

٣-حجم العينة :

١٥- مما لاشك فيه أن لحجم العينة أثره أيضا على دقة نتائج الاختبارات التى تجرى عليها فى حالات كثيرة، وخاصة بالنظر لاختلاف أجهزة ومعدات القياس، إذ يلزم استخدام الحجم اللازم والمناسب لطريقة القياس .

وقد قدر المشرع بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن صرف المتخلفات السائلة حجم العينة حيث تقضى المادة ٥٧ منه على ضرورة ألا يقل حجم العينة عن لترين، وتؤخذ العينات فى زجاجات ذات غطاء

---

(١) الجريدة الرسمية ، ٢١ مايو سنة ١٩٦٢ العدد: ١٠١

زجاجي مصنفر محكم الغلق، كما يجب التنظيف داخل الوعاء والغطاء تنظيفا جيدا قبل استعماله، وفى حالة أخذ عينات من مخلفات سائلة عولجت بالكلور تستعمل أوعية معقمة .

٤-الجهة المختصة بتحليل العينة

١٦- سبق الإشارة إلى أن الجهة المختصة بتحليل عينات المخلفات السائلة المعالجة التى يصرح بصرفها للمنشآت الصناعية سواء فى مياه البحر أو المجاري المائية هى معامل وزارة الصحة.

أما بالنسبة للوضع فى فرنسا[١] فإنه يتم تحديد معامل معينة، وكذلك جهات رقابية أخرى من قبل وزير البيئة بعد موافقة المجلس الأعلى للمنشآت المصنفة لكى تقوم هذه الجهات بإجراء الاختبارات اللازمة أو عمليات المراقبة المطلوبة، على أن يتحمل تكلفة ذلك صاحب المنشأة المصنفة وذلك طبقا للمادة ٤٠ من المرسوم الصادر فى ٢٠ سبتمبر ١٩٩٧.

ثانيا: أجهزة ومعدات القياس المختلفة

١٧- لأجهزة ومعدات القياس فى مجال البيئة أهمية خاصة باعتبارها إحدى الوسائل الفعالة فى إثبات جرائم تلويث البيئة. فأغلب تلك الجرائم قد يصعب الكشف عنها بمجرد استعمال مأمور الضبط المختص لحواسه المجردة، ولكن يلزمه استخدام أدوات وأجهزة أو معدات خاصة للقيام بهذا الأمر، فقد يكون الحد الفاصل بين التحقق من وقوع جريمة ماسة بالبيئة وبين عدم وقوعها يعتمد على فروق ضئيلة وقياسات دقيقة لا

---

(١) Michel PRIEUR, Droit de l'environnement, op. cit. n° 584, p.458.

يمكن كشفها إلا بواسطة هذه الأجهزة والمعدات.من أجل ذلك كان لابد من الاهتمام بدور هذه الأجهزة والمعدات فى إثبات جرائم تلويث البيئة.

لكن المشكلة المثارة فى هذا الشأن تتمثل فى تحديد الجهة الملتزمة بتوفير تلك الأجهزة أو المعدات ، هل هى الجهات المختصة بالدولة، أم الأفراد. ومرد هذا التساؤل واقع يفرضه غموض بعض نصوص قانون البيئة والتكلفة المرتفعة لوسائل القياس بصفة عامة. ويمكن أن نعالج هذا الموضوع من خلال صورتين على النحو التالي:

١٨-**الصورة الأولى:** تتعلق بأجهزة ومعدات القياس التى تعنى برقابة مدى تلوث البيئة الذى يكون له أثره على عموم الأفراد فى الدولة ككل أو فى منطقة محددة منها. وهذا النوع من التلوث لا يشترط أن يكون ناتجاً عن خطأ إنساني إنما قد يكون ناجماً عن قوى الطبيعة نفسها، وذلك كما فى حالة الغازات الملوثة للبيئة التى يمكن أن تنبعث عقب البراكين أو الزلازل . فتهتم هذه الأجهزة والمعدات بقياس ورصد التلوث فى البيئة الخارجية ، فمنها ما يستعمل للتحقق من توافر معايير جودة الهواء الخارجي أو الماء أو التربة، والتى يتأثر باختلالها كل أفراد المجتمع ، ولهذا تلتزم الدولة بتوفير كل ما يلزم من وسائل مختلفة لرصد وقياس مكونات البيئة الخارجية لرقابة ما قد يلحق بها من تلوث ومن أجل ذلك تلتزم الدولة بتوفير شبكات الرصد البيئي المناسبة والتى يعني بها طبقاً للمادة الأولى (٣٥) من قانون البيئة المصرى بالجهات التى تقوم فى مجال اختصاصها بما تضم من محطات ووحدات عمل برصد مكونات وملوثات البيئة، وإتاحة البيانات للجهات المعينة بصفة دورية.

كما تتطلب المادة ٢٤ من قانون البيئة المصرى تكوين شبكات الرصد البيئي طبقاً لأحكام هذا القانون بما تضمنه من محطات ووحدات

عمل ، وتقوم في مجال اختصاصها برصد مكونات وملوثات البيئة دوريا وإتاحة البيانات للجهات المعنية ، ولها في سبيل ذلك الاستعانة بمراكز البحوث والهيئات والجهات المختصة، وعلى هذه المراكز والهيئات والجهات تزويدها بما تطلبه من دراسات وبيانات.ويشرف جهاز شئون البيئة على إنشاء وتشغيل شبكات الرصد البيئي.

هذه الجهات عليها مثلاً رقابة مدى جودة الهواء الخارجي في شتى أنحاء الدولة وخاصة في المناطق الصناعية التي تمثل مصدراً خطيراً لتلويث البيئة، وعلى سبيل المثال فإن المادة ٣٤ من قانون البيئة المصرى والتى تتطلب أن تكون جملة التلوث فى الهواء الخارجي الناتج عن مجموع المنشآت في منطقة واحدة في الحدود المصرح بها لا يمكن التحقق من مراعاة أحكامها إلا من قبل إحدى جهات الدولة المختصة، والتى يكون لها فى حالة التحقق من تجاوز تلك الحدود المصرح بها أن تبدأ في فرض رقابتها على كل المنشآت في المنطقة للتحقق من مدى التزام كل منشأة على حده بالحدود المسموح بها بالانبعاثات التى تصدر عنها طبقاً للمادة ٤٣ من قانون البيئة المصر على النحو الذى سبق ذكره(١).وبنفس المنطق السابق تلتزم الدولة بأجهزتها المختلفة بتطبيق المادة ٤٧ من قانون البيئة المصرى التى لا تسمح بزيادة مستوى النشاط الإشعاعي أو تركيزات المواد المشعة بالهواء عن الحدود المسموح بها.

ويمكن القول بصفة عامة فى هذا المجال بأن الدولة عليها أن تسخر كافة الوسائل من أجل الحفاظ على البيئة معتمدة فى ذلك على ملكيتها العامة(٢) للعديد من المصادر الطبيعية وغير الطبيعية،والتى يمكن أن يكون

---

(١) راجع ما سبق بند ١٠ .

(٢) راجع في هذا الموضوع بصفة عامة: ==

لها دورها فى الحفاظ على التوازن البيئي داخل الدولة .

١٩-**الصورة الثانية:** تتعلق بأجهزة ومعدات القياس اللازمة لبيان تأثير نشاط منشأة ما على البيئة، فهل تلتزم المنشآت كافة بتوفير هذه الوسائل لبيان تأثير الانبعاثات التى تصدر أو تصرف منها على البيئة؟ إن الإجابة على هذا التساؤل قد نجدها -بصورة غير مباشرة- فى نص المادة ٢٢ من قانون البيئة المصري التى تلزم صاحب المنشأة بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة، ولقد تكفلت المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون بتحديد البيانات التى يلتزم صاحب المنشأة بتدوينها فى هذا السجل(١) وتتمثل فيما يلي :

-الانبعاثات الصادرة عنها أو التى تصرف منها .

-مواصفات المخرجات بعد عملية المعالجة وكفاءة وحدات المعالجة المستخدمة .

-إجراءات المتابعة والأمان البيئي المطبقة فى المنشاة.

-الاختبارات والقياسات الدورية ونتائجها.

-المسئول المكلف بالمتابعة .

وتلزم المادة سالفة الذكر صاحب المنشأة أو مندوبه بأن يخطر بصورة فورية جهاز شئون البيئة بخطاب مسجل بعلم الوصول بأى حيود فى معايير ومواصفات الملوثات المنبعثة أو المنصرفة والإجراءات التى

==Véronique INSERGUET-BRISSET. Propriété publique et environnement. L.G.D.J.. Paris. 1994.

(١) ولقد ورد فى الملحق رقم (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصرى نموذج لسجل تأثير نشاط المنشأة على البيئة (سجل الحالة البيئية) .

اتخذت للتصويب.

وطبقا لنص المادتين (٢٢) من قانون البيئة (و١٧) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون يلتزم صاحب المنشأة بتوفير أجهزة ومعدات القياس المختلفة التى تساعده فى بيان تأثير نشاط منشأته على البيئة من خلال البيانات التى يلتزم بتدوينها فى السجل الذى يجب عليه الاحتفاظ به، وخاصة تلك البيانات المتعلقة بالانبعاثات الصادرة عنها أو التى تصرف منها ومواصفاتها والاختبارات والقياسات الدورية ونتائجها. إذ إن مثل تلك البيانات لن تتأتى إلا من خلال أجهزة ومعدات قياس متوفرة لديه. وهذا ما تؤكده الفقرة الأخيرة من المادة(١٧) من اللائحة التنفيذية سالفة الذكر والتى تلزم صاحب المنشأة بإخطار جهاز شئون البيئة فورا بأى اختلال فى معايير ومواصفات الملوثات المنبعثة أو المنصرفة، إذ إن هذا الأمر لن يتأتى إلا من خلال توفيره لوسائل القياس المناسبة.

ومع ذلك فيلزم فى جميع الأحوال توفير المعدات وأجهزة القياس المناسبة والمتوافقة مع أحدث ما توصلت إليه التكنولوجيا من أجل الحصول على نتائج دقيقة يمكن الحصول عليها فى أى وقت وفى كل مكان بحيث تتمكن المنشأة فى كل الأحوال من معرفة مستوى التلوث الذى تسببه وعلاجه أو تصحيحه إن أمكن أو إبلاغ الجهات المختصة إذا اقتضى الأمر ذلك. وتوفير المنشأة لأجهزة القياس والمعدات الخاصة بها يسمح لها بممارسة الرقابة الذاتية autosurveillance على ملوثاتها وأثرها على البيئة، ولكن يلزم من ناحية أخرى أن تتدخل الدولة بدورها لوضع هذه الأجهزة والمعدات فى أماكنها المناسبة(١).

---

(١) Michel PRIEUR. Droit de l'environnement . op. cit.. p.806

الفرع الثالث

إجراء التحريات على ظهر السفن

٢٠- أفرد المشرع المصرى فصلاً كاملاً في قانون البيئة بشأن التلوث من السفن، إذ قد يصدر التلوث من السفن سواء من حمولاتها أو مخلفاتها ويسبب ضرراً بالغاً بالبيئة المائية مما يكون له أثره في تهديد مواردها الطبيعية الحية وغير الحية، وبالتالي تهديد حياة الإنسان الذى تمثل له هذه الموارد مصدراً هاماً لغذائه. ولقد انصب اهتمام المشرعين على حماية البيئة بالنسبة للتلوث بالزيت أو المواد الضارة أو بمخلفات الصرف الصحي أو القمامة.

وتلتزم السفن طبقاً لقانون البيئة المصرى ببعض الالتزامات التى يقصد بها حماية البيئة المائية من التلوث أو التقليل من حجم هذا التلوث ويترتب على عدم تنفيذ هذه الالتزامات جزاءات جنائية وإدارية،وبالتالي كان لمأموري الضبط القضائى المختصين مراقبة هذه السفن، والصعود على ظهرها إن استلزم الأمر للتحقق من مدى احترامها للقوانين واللوائح.

وعلى سبيل المثال فإن المادة ٥٨ من قانون البيئة المصرى تلزم كل مالك أو ربان سفينة بجمهورية مصر العربية وكذلك سفن الدول التى انضمت للاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحرى من السفن لعام ١٩٧٨/٧٣ أن يحتفظ بسجل للزيت بالسفينة يدون فيها المسئول عنها جميع العمليات المتعلقة بالزيت على الوجه المبين بالاتفاقية وعلى الأخص العمليات الآتية:

أ-القيام بعمليات التحميل أو التسليم أو غيرها من عمليات نقل الحمولة الزيتية مع بيان نوع الزيت.

ب-تصريف الزيت أو المزيج الزيتي من أجل ضمان سلامة السفينة أو

حمولتها أو إنقاذ الأرواح مع بيان نوع الزيت.

ج-تسرب الزيت أو المزيج الزيتي نتيجة اصطدام أو حادث مع بيان نسبة الزيت وحجم التسرب .

د-تصريف مياه الاتزان غير النظيفة أو غسيل الخزانات .

هـ-التخلص من النفايات الملوثة.

و-إلقاء مياه السنتينة المحتوية على الزيوت التى تجمعت فى حيز الآلات خارج السفينة وذلك أثناء تواجدها بالميناء .

وهكذا يكون لممثلي الجهة الإدارية المختصة (والذين سبق منحهم صفة الضبطية القضائية طبقاً للمادة ٧٨ من قانون البيئة) الصعود على ظهر السفينة للتحقق من إمساك مالك السفينة أو ربانها لهذا السجل والمطالبة بالإطلاع على البيانات الواردة فيه، والتأكد من صحتها. ويكون لهؤلاء أو غيرهم من مأموري الضبط القضائى طبقاً للمادة ٦٣ من قانون البيئة المصري أن يأمروا ربان السفينة أو المسئول عنها باتخاذ الإجراءات اللازمة للتقليل من آثار التلوث، وذلك فى حالة وقوع حادث لإحدى السفن التى تحمل مواداً ضارة يخشى منه تلويث البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالية لجمهورية مصر العربية على أية صورة.

وعلى الرغم من أن دور مأموري الضبط القضائي المشار إليهم سابقاً فى إثبات كافة الجرائم التى تقع من السفن، وتسبب تلوث البيئة المائية مما يقتضى السماح لهم بالصعود على ظهر السفينة للتحقق من مراعاتها لقانون البيئة ولائحته التنفيذية إلا أن المشرع المصري تأكيداً على هذا الإجراء قضى بالمادة ٨٠ من قانون البيئة بأنه مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية يكون لمأموري الضبط القضائي المشار

إليهم فى المادة (٧٨) كل فيما يخصه الصعود إلى ظهر السفن والمنصات البحرية، ودخول المنشآت المقامة على شاطئ البحر، وتفقد وسائل نقل الزيت والمواد الملوثة للبيئة البحرية، للتحقق من التزامها بتطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له وتوفير معدات ووسائل معالجة المخالفة .

المطلب الثالث

تحرير المحاضر الخاصة بضبط الجرائم الماسة بالبيئة

٢١- الأصل طبقاً للمادة ٢/٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى أنه " يجب أن تثبت جميع الإجراءات التى يقوم بها مأمورو الضبط القضائي فى محاضر موقع عليها منهم، يبين بها وقت اتخاذ الإجراء ومكان حصوله . ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا، وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة " .

إذ إن إثبات الإجراء الذى يقوم به مأمور الضبط القضائي كتابة أمر هام فى سبيل تأكيد أو نفى مشروعية هذا الإجراء وما جاء به، وبالتالي التقرير بناء عليه باتخاذ ما يلزم من إجراءات قانونية قبل المخالف الذى يكون له من جانبه تفنيد كل ما جاء مخالفاً لمصالحه .

ولم يرد فى قانون البيئة المصرى نص يتكلم عن واجب مأمورى الضبط القضائي المختصين بتنفيذ أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية بتحرر محاضر لأعمال الاستدلال التى يقومون بها، ذلك على عكس قانون البيئة الكويتي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٥ الذى أكدت المادة(١١) منه على واجب مأمورى الضبط القضائى المختصين بتنفيذ أحكام

هذا القانون والقرارات المنفذة له فى تحرير المحاضر اللازمة.

ولهذا يثور التساؤل فى نطاق قانون البيئة المصرى عن واجب مأموري الضبط القضائي المختصين بتنفيذ أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية بشأن تحرير محاضر ضبط للجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون، حيث ورد نصان فى هذا القانون يجعلان الأمر محيراً إلى حد ما،وهما المادتان ٢٢ و ٧٥ وذلك بالتفصيل الذى نعرض له فيما يلي:

٢٢- **فيما يتعلق بالمادة ٢٢** التى تلزم صاحب المنشأة بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير المنشأة يدون فيه بعض البيانات الخاصة على النحو الذى عرضنا له آنفاً[١] ، فإن هذه المادة اختصت جهاز شئون البيئة بمتابعة بيانات هذا السجل للتأكد من مطابقتها للواقع، فضلاً عن أخذ العينات اللازمة وإجراء الاختبارات المناسبة لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة، وتحديد مدى التزامها بالمعايير الموضوعة لحماية البيئة.

ووجه الحيرة فى هذا الأمر يتمثل فى أنه إذا تبين وجود أية مخالفات يقوم الجهاز بإخطار الجهة الإدارية المختصة لتكليف صاحب المنشأة بتصحيح هذه المخالفات على وجه السرعة، فإذا لم يتم ذلك خلال ستين يوماً يكون للجهاز بالاتفاق مع الجهة الإدارية المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية والقضائية اللازمة لوقف النشاط المخالف والمطالبة بالتعويضات المناسبة لمعالجة الأضرار الناشئة عن هذه المخالفات، وهذا يعني أن موظفي جهاز شئون البيئة الذين سبق منحهم صفة الضبطية القضائية والمكلفين طبقاً للمادة ١٠٢ من قانون البيئة بإثبات الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له لن يكون لهم الحق

---

(١) راجع ما سبق بند ١٩ .

فى تحرير محاضر ضبط للجرائم المرتكبة، بل سيقتصر دورهم على إخطار جهاز شئون البيئة بهذه الجرائم ليقوم من جانبه بإخطار الجهة المختصة لتكليف صاحب الشأن بتصحيح المخالفات.

وهذا ما تؤكده المادة ١٠٤ من نفس القانون المذكور والتى توجب على مفتشى الجهات الإدارية المختصة وكذلك مفتشى جهاز شئون البيئة ممن لهم صفة الضبطية القضائية فيما يتعلق بمجالات البيئة كل فى مجال اختصاصه إخطار جهاتهم بأية مخالفة لأحكام هذا القانون، وتتولى الجهات المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة. وبالتالي فإن كلاً من نص المادة ٢٢ و ١٠٤ المذكورتين آنفاً يؤكد على ضرورة إخطار مأمورى الضبط القضائي المكلفين بتنفيذ أحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية لجهاز شئون البيئة على نحو يتضح منه انعدام دورهم فى تحرير محاضر الضبط وإرسالها إلى جهات التحقيق .

وقد يبدو هذا الأمر غير مبرر لأنه يؤدي إلى تعطيل تطبيق نصوص عدة فى قانون البيئة ، إذ إنه يدون فى سجل المنشأة الانبعاثات الصادرة عنها أو التى تصرف منها، وبالتالي إذا اتضح وجود مخالفات تتمثل فى تجاوز هذه الانبعاثات للحدود المدونة فى السجل وبالتالي تجاوزها للحدود المسموح بها، هنا يمنح صاحب المنشأة مهلة زمنية لتصحيح هذه التجاوزات على الرغم من أن الجريمة تحققت بالفعل باعتبار هذا النوع من الجرائم يعتبر جرائم مادية تتحقق بمجرد تحقق ركنها المادي، فضلاً عن خطورة جرائم تلويث البيئة على نحو يلزم اتخاذ إجراءات أشد صرامة قبل المخالف . وإن كان يبدو أن المشرع المصرى أراد بهذا النص تشجيع المنشآت والأفراد على الالتزام بقانون

البيئة بمنحهم فرصة لتصحيح تجاوزاتهم كما سيتبين لنا لاحقاً[١].

٢٣- **فيما يتعلق بالمادة ٧٥** من قانون البيئة المصرى التى تسمح لممثلى الجهات الإدارية المختصة كل فيما يخصه بالتنسيق مع جهاز شئون البيئة دخول منطقة الحظر المذكورة بالمادتين رقمي (٧٣) و(٧٤) من هذا القانون للإطلاع على ما يجري بها من أعمال، فإذا تبين لهم أن أعمالاً أجريت أو شرع فى إجرائها مخالفة لأحكام المادتين المذكورتين يكلف المخالف برد الشئ لأصله وإلا تم وقف العمل إدارياً ورد الشئ لأصله على نفقة المتسبب والمستفيد متضامنين وتحصل القيمة بطريق الحجز الإداري . إذ إنه يحظر طبقاً للمادتين ٧٣ و ٧٤ من قانون البيئة إقامة آية منشآت على الشواطئ البحرية للجمهورية أو إجراء أى عمل يكون من شأنه المساس بخط المسار الطبيعي للشاطئ أو تعديله دخولاً فى مياه البحر أو انحساراً عنه إلا بتوافر شروط معينة أهمها الحصول على موافقة الجهة الإدارية المختصة بالتنسيق مع جهات شئون البيئة. وبالتالي فإن مخالفة هذه الشروط تعطي لمأموري الضبط المختصين الحق فى تكليف المخالف برد الشئ إلى أصله.

ومع ذلك فإن تكليف المخالف برد الشئ إلى أصله لا يمنع مأمورى الضبط القضائي المختصين من تحرير محضر يثبت فيه عدم التزام الجاني بالشروط المقررة طبقاً للمادتين (٧٣)و(٧٤) المذكورتين آنفاً، إذ إن المادة (٩٨) من قانون البيئة تعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز ٢٠ ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المادتين (٧٣) و(٧٤) من هذا القانون.

---

(١) انظر ما يلى بند ٢٤وما بعده.

ويفضل إعداد نماذج مطبوعة لمحاضر ضبط جرائم تلويث البيئة تساعد مأمور الضبط القضائي المختص على عدم إغفال البيانات الجوهرية الواجب إثباتها سواء تعلق الأمر بقياسات أو اختبارات أو نتائج معينة،وتحديد من تتم فى مواجهته هذه الإجراءات، وكذلك ما يلزم سماعه من شهود، والحصول على التوقيعات اللازمة .

ويرى البعض فى فرنسا أن النيابة كثيراً ما تلجأ إلى حفظ الدعاوي الجنائية فى مجال البيئة ، حيث يبدو عدم الإخلال بالنظام العام غير كاف لإقامة الدعوى. ولهذا يفضل هذا الرأى استبعاد السلطة التقديرية للنيابة بشأن متابعة الجرائم فى هذا المجال[١].

مدى حجية محاضر ضبط الجرائم الماسة بالبيئة:

٢٤-ويثور التساؤل بشأن المحاضر المحررة فى نطاق التشريعات البيئية من قبل مأمورى الضبط القضائي المختصين حول مدى حجية ما ورد بها. والأصل أن المحكمة لا تتقيد بما هو مدون فى التحقيق الابتدائي أو فى محاضر جمع الاستدلال، إلا إذا وجد فى القانون نص على خلاف ذلك، وهذا طبقاً لما تقرره المادة ٣٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى . ويرد على هذا الأصل استثناء قضت به المادة ٣٠١ من نفس القانون،والتى تعتبر المحاضر المحررة فى مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التى يثبتها المأمورون المختصون إلى أن يثبت ما ينفيها. وهذا الاستثناء له ما يبرره بالنظر لتفاهة المخالفات والعقوبات المقررة لها، وتعدد وتكرار ارتكابها مما لا يستلزم معه إطالة أمد الإجراءات، وتكليف جهات التحقيق بإثبات ما جاء بها.

---

(١) Michel PRIEUR. Droit de l'environnement . op.cit . n° 928. p. 824 .

وبالتالي فإن المحاضر المتعلقة بالجرائم الماسة بالبيئة لا تعد حجة بما ورد فيها إذا كانت تمثل جناية أو جنحة، وهذا هو الأغلب ما بين هذه الجرائم، وبالتالي يلزم جهات الإدعاء إثبات ما جاء بها قبل المخالف. ومع ذلك فإن هذا الأمر قد يعوق عمل مأمورى الضبط القضائي المختصين، والذى يعتمد عملهم أساساً على الكشف عن واقع معين، وبيان مدى مخالفته للقانون، وذلك من خلال استخدام أجهزة أو معدات أو أدوات للقياس أو الاختبار، والتوصل لنتائج معينة لتأكيد أو نفى ارتكاب جريمة ماسة بالبيئة.

فالموظف المختص هنا – وإن كان له صفة الضبطية القضائية– يعد من حيث الواقع خبيراً فنياً يعبر من خلال أدواته ومؤهلاته العلمية وخبرته عن رأيه فى مدى التزام صاحب الشأن بالقوانين واللوائح المتعلقة بالبيئة ، وبالتالي فإن مناقشتهم أو طلبهم للشهادة فيما بعد قد يبدو غير مفيد فى كثير من الأحوال. وهذا قد يكون المبرر الذى من أجله تقضى المادة ١١١٨ من التعليمات العامة للنيابة بمراعاة عدم إعلان مفتشى العمل لأداء الشهادة فى القضايا الجنائية بخصوص ما يقدمونه من محاضر أو تقارير بمناسبة عملهم اكتفاء بما يرد فيها ، إلا إذا دعت الضرورة إعلانهم أو أمرت المحكمة بذلك.

المبحث الثالث

الحماية القانونية لمأموري الضبط القضائي المختصين بتنفيذ التشريعات البيئية

تمهيد وتقسيم:

٢٥- اهتمت التشريعات المختلفة بتوفير الحماية القانونية ليس لمأمورى الضبط القضائي وحدهم، ولكن لكل من يكلف من قبل الدولة بأداء أى عمل لها. ونظراً لمنح صفة الضبطية القضائية فى نطاق التشريعات البيئية لموظفين لم يعتادوا على استعمال سلطات مأمورى الضبط القضائي، قبل الأفراد قرر لهم المشرع فى كل من مصر والكويت وفرنسا حماية قانونية نوجزها فى أمرين، يتمثل أولهما فى تجريم أى فعل يعوق أو يمنع قيامهم بأعمالهم، ويمنحهم ثانيهما الحق فى الاستعانة بكافة الجهات المعنية لتمكينهم من تطبيق القوانين واللوائح المكلفين بتنفيذ أحكامها. وهذا ما نعرض له فى مطلبين على النحو التالي :-

المطلب الأول : تجريم أى فعل يعوق أو يمنع أداء مأمورى الضبط القضائي المختصين لأعمالهم.

المطلب الثاني: سلطة مأمورى الضبط القضائي المختصين فى الاستعانة بالجهات المعنية .

المطلب الأول

تجريم أى فعل يعوق أو يمنع أداء مأمورى الضبط القضائي المختصين لأعمالهم :

٢٦-تعتمد الحماية القانونية لمأمورى الضبط القضائي فى نطاق التشريعات البيئية بصفة أساسية على حرص تلك التشريعات المختلفة على

النص صراحة على تجريم أى فعل يعـوق أو يمنـع هـؤلاء مـن أداء أعمالهم، وذلك من خلال إلزام أصحاب الشأن بتقديم التسهيلات اللازمـة لرجال الضبط القضائي المختصين، وعدم مخالفة أوامرهـم وذلـك مـا نعرض له فى الفرعين التاليين:

الفرع الأول

إلزام أصحاب الشأن بتقديم التسهيلات اللازمة

٢٧-كثيراً ما يتطلب أداء مأمورى الضبط القضـائي المختصين لأعمالهم فى نطاق التشريعات البيئية الاطلاع على مستندات أو الدخـول لأماكن معينة سواء كانت في منشأة أو حتى فى سفينة، وذلك مـن أجـل التأكد من التزام أصحاب الشأن بالمعـايير الموضوعـة لحمايـة البيئـة المنصوص عليها فى القوانين واللوائح المختلفة. وبالتالي وخشـية مـن رفض أصحاب الشأن تقديم المستندات المطلوبة لمأمورى الضبط القضائي المختصين للإطلاع عليها وبالتالي الحيلولة دون قيامهم بأعمالهم، ألزمت معظم التشريعات البيئية أصحاب الشأن بالاحتفاظ بسجل يدون فيه البيانات اللازمة لبيان تأثير نشاط المنشأة أو حتى السفينة على البيئة بحيث يصبح من السهل لمأمور الضبط القضائي المختص طلب الإطلاع علـى هـذا السجل الذى يلتزم صاحب الشأن بالاحتفاظ به ، وبالتالي لـن يستطيع الأخير إخفاءه أو حتى الاحتجاج بعدم وجوده لأن مثل هذا الإدعاء يمثـل خرقاً للقانون يجب أن يعرضه للمسئولية القانونية.

وهنا يثار التساؤل عن طبيعة هذه المسئولية القانونية التى يمكن أن تتقرر قبل صاحب الشأن الذى لا يحتفظ بالسجل المطلوب أو يدعى هذا . فكما سبق القول آنفاً[١] بأن المادة ٢٢ من قانون البيئة المصـرى تلـزم

---

(١) راجع ما سبق بند ١٩ .

صاحب المنشأة طبقاً لأحكام هذا القانون بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة. ومع ذلك فقد أتى الباب الرابع من هذا القانون والخاص بالعقوبات خالياً من أى نص يعاقب على خرق هذا الالتزام المنصوص عليه بالمادة ٢٢ سالفة الذكر ، وكون صاحب المنشأة لا يتعرض لجزاء جنائي فى هذه الحالة قد يدفعه إلى عدم الاحتفاظ بهذا السجل أو حتى يقصر فى أداء هذا الالتزام.

وقد كان أولى بالمشرع المصرى فى هذا الوضع أن يقرر جزاءً جنائياً عند التقاعس عن أداء هذا الالتزام بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير المنشأة على البيئة وذلك على النحو الذى قرره بشأن السفن عندما ألزم ربان السفينة أو مالكها أو مستغلها بالاحتفاظ بسجلات[١] وشهادات[٢] معينة. ومن ذلك ما تقرره المادة ٥٨ من قانون البيئة المصري التى تلزم كل

---

(١) كما تقضى المادة (٦٢) من قانون البيئة المصرى بوجوب تزويد الناقلات التى تحمل مواد سائلة ضارة بسجل الشحنة طبقاً للاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحري من السفن يدون فيها الربان أو المسئول عن السفينة جميع العمليات على الوجه المبين بالاتفاقية.

(٢) كما تقضى المادة(٧٧) من قانون البيئة المصرى بأنه " على السفن التى تنقل الزيت بصورة منتظمة من أحد الموانى المصرية أو إليه أو إحدى وسائل نقل الزيت داخل البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية والتى تحمل علم دولة منضمة للاتفاقية أن تكون حاصلة على الشهادة الدولية لمنع التلوث بالزيت، وأن تكون هذه الشهادة سارية المفعول طبقا للاتفاقية.

أما السفن التى ينطبق عليها حكم الفقرة الأولى من هذه المادة وتحمل علم دولة غير منضمة للاتفاقية فيحدد وزير النقل البحري شهادة منع التلوث بالزيت التى تمنح من مصلحة الموانى والمنائر وذلك قبل الترخيص لها بنقل الزيت بصورة منتظمة من أحد الموانى المصرية أو من إحدى وسائل نقل الزيت داخل المنطقة الاقتصادية الخالصة" .

مالك أو ربان سفينة مسجلة بجمهورية مصر العربية وكذلك سفن الدول التى انضمت للاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحرى من السفن أن يحتفظ بسجل للزيت يدون فيه بعض العمليات على النحو الذى عرضنا له آنفاً[١]

ومن النصوص التى تتطلب توافر شهادة معينة المادة ٧٦ من نفس القانون المذكور التى تلزم السفن التى تحمل جنسية جمهورية مصر العربية أن تحصل من مصلحة المواني والمنائر على الشهادة الدولية لمنع التلوث بالزيت أو الشهادة الدولية لمنع التلوث الناتج عن حمل مواد سائلة ضارة سائبة.

وتضمن المادة ٩٤ من قانون البيئة المصرى احترام أحكام المواد ٥٨ و ٦٢و ٧٦ و٧٧ السابق ذكرهم ،وذلك بالنص على أنه " يعاقب بغرامة لا تقل عن أربعين ألف جنيه ولا تزيد على مائتي ألف جنيه كل من ارتكب الأفعال الآتية : ..... ٢-عدم احتفاظ السفينة أو الناقلة بالشهادات والسجلات المنصوص عليها فى المواد (٥٨) ، (٦٢) ، (٧٦)، (٧٧) من هذا القانون... "

وتأكيدا من المشرع المصرى على توفير المناخ المناسب لرجال الضبط القضائي المكلفين بمراقبة مدى التزام السفن بقانون البيئة ولائحته التنفيذية أوجب طبقا للمادة ٨٢ من هذا القانون على كل ربان أو مستغل لسفينة تستخدم المواني المصرية أو مرخص لها بالعمل فى البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية أن يقدم لمندوبي الجهة الإدارية المختصة أو مأمورى الضبط القضائي المنوط بهم تنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له التسهيلات اللازمة لأداء مهمتهم .

(١) راجع ما سبق بند ٢٠ .

بيد إن النص على التزام القائمين على السفن بتقديم التسهيلات اللازمة لمأموري الضبط المختصين مفيد ليس فقط لتسهيل مهمة هؤلاء فى الإطلاع على السجلات والشهادات المنصوص عليها، وإنما كذلك لتمكين هؤلاء أيضاً من مراقبة مدى الالتزام بتجهيز السفن سواء المسجلة فى جمهورية مصر أو السفن الأجنبية التى تستعمل الموانى المصرية أو تبحر عبر المنطقة البحرية الخاصة بها بمعدات خفض التلوث المتطلبة طبقاً للاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحري من السفن .

وقد حرص المشرع المصرى فى قانون العمل على ضمان أداء مأموري الضبط القضائي المختصين بالتفتيش فى مجال السلامة والصحة المهنية لأعمالهم، ولهذا يلزم أصحاب العمل أو من ينوب عنهم طبقاً للمادة ١٦٢ أن يسهلوا مهمة المكلفين بمراقبة تنفيذ أحكام هذا القانون،وأن يقدموا لهم معلومات صادقة فيما يتعلق بمهمتهم ، وأن يستجيبوا – طبقاً للمادة ١٦٣ من نفس القانون– لطلب الحضور الموجه إليهم من هؤلاء المكلفين بمراقبة تنفيذ هذا القانون فى المواعيد التى يحددونها.

وتجدر الإشارة إلى أنه طبقاً للمادة ٣٩ من القانون رقم ٩٦-١٢٣٦ الصادرة فى ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦ بشأن الهواء واستخدام الطاقة فى فرنسا فإنه يعاقب على كل الأفعال التى تعرقل أداء الموظفين المختصين بتطبيق هذا القانون (١).

وفى المقابل فإن الوضع فى قانون البيئة الكويتي بشأن ضمان حسن أداء المكلفين بتنفيذ أحكامه نجده فى نص المادة ٣/١٣ من هذا القانون التى تعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو

---

(١) Bernard BOULOC. Chronique législative . constatation des infractions en matière de pollution de l'air , op. cit., p. 677.

بإحدى هاتين العقوبتين كل من منع الموظفين المختصين من القيام بواجباتهم المنصوص عليها فى هذا القانون.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الكويتي فى قانون البيئة وفى هذا الموضع اتخذ موقفاً يجدر أن نتوقف عنده قليلاً، إذ إنه فى الوقت الذى يسمح بالمادة (١٢) منه لمجلس الإدارة (فقط) طلب البيانات والمعلومات والمستندات التى يراها ضرورية من أى جهة عامة أو خاصة تمارس نشاطاً قد يؤدي إلى تلوث البيئة، ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور وبغرامة لا تجاوز خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين وذلك بالمادة ٤/١٣ من نفس القانون، نجده لم ينص صراحة على هذا الحق للموظفين المكلفين بتطبيق أحكام قانون البيئة لديه ، وإن كان يمكن القول بأن المادة (١١) من نفس القانون، والتى تمنح هؤلاء الموظفين صفة الضبطية القضائية والقيام بأعمال التفتيش التى يتطلبها تنفيذ هذا القانون أو اللوائح والقرارات المنفذة له وإثبات ما يقع من مخالفات لأحكامه تمثل السند القانوني لهؤلاء الموظفين المختصين للإطلاع أو طلب البيانات والمعلومات والمستندات التي يرونها ضرورية للتحقق من مدى التزام أى جهة سواء عامة أو خاصة بأحكام قانون البيئة والقرارات المنفذة لها. ولهذا كان مرد هذا التساؤل حول مدى جدوى نص المادة ١٢ سالفة الذكر والعقاب عليها فى ظل وجود المادة(١١) التى تسمح للموظفين المختصين ذوي الصفة القضائية بطلب المعلومات أو البيانات أو المستندات أو الإطلاع عليها ، علماً بأن هؤلاء الموظفين يتبعون الهيئة العامة للبيئة، والتى يرأسها المدير العام الذى يعتبر فى نفس الوقت رئيسا لمجلس الإدارة طبقاً للمادة ٦ من قانون البيئة الكويتي .

الفرع الثاني

إلزام أصحاب الشأن بعدم مخالفة أوامر مأموري الضبط القضائي المختصين

٢٨- قد يتطلب عمل مأموري الضبط القضائي المختصين بتطبيق أحكام التشريعات البيئية التدخل سريعاً بحكم مناصبهم وتأهيلهم لمنع أى تلوث أو وقف استمراره إن حدث. وقد يستلزم لمواجهة هذا الموقف تعاون ومشاركة أصحاب الشأن أنفسهم أو أطراف أخرى لا علاقة لها بإحداث التلوث أو استمراره ، وقد لا يملك مأمورو الضبط القضائي فى هذه الحالة ما يستطيعون به مواجهة هذا الخطر أو ضرر التلوث إلا من خلال أوامرهم التى يمكنهم إصدارها فى مواجهة صاحب الشأن أو غيره.

وهذا ما اتجه إليه قانون البيئة المصرى بشأن حماية البيئة المائية من التلوث، وخاصة هذا النوع من التلوث الذى تسببه السفن المحملة بالزيت أو المواد الضارة.إذ إنه على الرغم من إلزام المادة ٨٢ من هذا القانون لكل من ربان أو مستغل السفينة التى تستخدم الموانى المصرية أو مرخص لها بالعمل فى البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية أن يقدم لمندوبي الجهة الإدارية المختصة أو مأموري الضبط القضائى المنوط بهم تنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له، التسهيلات اللازمة لأداء مهمتهم، إلا أن هذا النص مجرد تكليف يخلو من شق الجزاء الذى يضمن تطبيقه من قبل المكلفين باحترام حكمه، إذ إنه لم يتقرر فى قانون البيئة المصرى عقوبة لمن يخالف هذا النص .

ولهذا تبرز أهمية المادتين ٥٣ و ٦٣ من قانون البيئة المصرى المتعلقتين بالأوامر التى يصدرها المختصون بتطبيق أحكام هذا القانون، إذ تقضى المادة ٥٣ بأنه " مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ٧٩ لسنة

١٩٦١ فى شأن الكوارث البحرية والحطام البحري يكون لممثلي الجهة الإدارية المختصة أو لمأمورى الضبط القضائي أن يأمروا ربان السفينة أو المسئول عنها باتخاذ الإجراءات الكافية للحماية من آثار التلوث في حالة وقوع حادث لإحدى السفن التى تحمل الزيت يترتب عليه أو يخشى منه تلوث البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية. فيمكن لمأموري الضبط القضائي المختصين فى هذه الحالة أن يأمروا مثلاً المسئول عن السفينة بتغيير خط سيرها أو بالإقلال من سرعتها أو حتى بخروجها تماماً من المياه الإقليمية المصرية أو بأي إجراء يكون من شأنه منع حدوث التلوث أو استمراره .

أما بشأن التلوث من المواد الضارة التى قد تسببه السفن، فإن المادة ٦٣ من قانون البيئة تسمح لممثلى الجهة الإدارية المختصة أو لمأمورى الضبط القضائي أن يأمروا ربان السفينة أو المسئول عنها باتخاذ الإجراءات اللازمة للتقليل من آثار التلوث، وذلك فى حالة وقوع حادث لإحدى السفن التى تحمل مواداً ضارة يخشى منه تلويث البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية على أية صورة، علماً بأنه يحظر على السفن التى تحمل المواد الضارة إغراق النفايات والمواد الملوثة فى الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية.

وبالنظر لما قد يترتب على مخالفة أوامر مأموري الضبط القضائي المختصين من أجل حماية البيئة من التلوث من الزيت أو المواد الضارة فى حالة وقوع حادث لإحدى السفن على النحو السابق بيانه ، فقد قررت المادة ٩٤ من قانون البيئة المصرى عقوبة عند مخالفة هذه الأوامر، إذ تنص على أنه " يعاقب بغرامة لا تقل عن أربعين ألف جنيه ولا تزيد على

مائة وخمسين ألف جنيه كل من ارتكب أحد الأفعال التـالي :١-.........
٢- مخالفة أوامر مفتشي الجهة الإدارية المختصة ومـأموري الضبط القضائي فى حالة وقوع حادث لإحدى السفن التى تحمل الزيت أو المـواد الضارة وذلك طبقاً لأحكام المادتين ٥٣ ، ٦٣ من هذا القانون........"

المطلب الثاني
سلطة مأموري الضبط القضائي المختصين فى الاستعانة بالجهات المعنية

٢٩-يكون لمأمور الضبط القضائي بصفة عامة أن يستعين أثنـاء إجراء الضبط والتفتيش بمن يرى مساعدته فيه مادام يعمل تحت إشرافه[١]

وقد يتعرض الموظفون ممن لهم الصفـة القضائيـة المختصـون بتطبيق التشريعات البيئية أثناء قيامهم بأعمالهم لبعض المشكلات التى قـد تعوقهم أو تمنعهم من أداء مهامهم ، وخاصة من قبل أصحاب الشأن الذين قد لا يسمحوا لهؤلاء الموظفين بدخول المكان المطلوب تفتيشه، أو منعـهم من أخذ العينات اللازمة أو إجراء القياسات المطلوبة، وقد يصل الأمـر إلى مقاومتهم والاعتداء عليهم .

وباعتبار أن هؤلاء الموظفين المختصين -وكما سبق القول-[٢] غير متمرسين على استعمال سلطات الضبط القضائي قبل الأفراد، فإنـهم قـد يكونوا فى حاجة لمن يمكنهم من أداء مهامهم، ويوفر لهم الحماية إن لـزم الأمر . ولهذا اتجهت بعض التشريعات البيئية إلى النص صراحة علـى سلطة هؤلاء الموظفين فى الاستعانة برجـال الشـرطة أو بـأى جهـة يحتاجون إليها لتمكينهم من أداء أعمالهم.

---

(١) نقض ١٤ فبراير ١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض ، س٤٠ ، ص ٢٠٧.
(٢) راجع ما سبق بند ٢٤ .

ومن تلك التشريعات البيئية التى أكدت على سلطة هؤلاء الموظفين فى الاستعانة بجهات معينة عند أدائهم لأعمالهم قانون البيئة المصرى، إذ يمكن طبقا للمادة ٨٣منه[١] للجهات الإدارية المختصة طلب معاونة كل من وزارات الدفاع والداخلية والبترول والثروة المعدنية وهيئة قناة السويس أو أية جهة معنية أخرى بتنفيذ أحكام الباب الثالث من هذا القانون والمتعلق بحماية البيئة المائية من التلوث.

ويلاحظ أن أمر إمكانية استعانة هؤلاء الموظفين بهذه الجهات المعنية مقصور فقط على هؤلاء المختصين بتطبيق أحكام الباب الثالث فقط من قانون البيئية ، ولهذا فلم يتجه نفس القانون إلى النص صراحة على سلطة الموظفين المختصين بتطبيق بقية أحكامه فى الاستعانة برجال الشرطة أو أى جهة أخرى ، فهل يعني ذلك أنه لا يجوز لهم مثل هذا الأمر؟ فإن كانت الإجابة بالنفي ، فما هى قيمة النص صراحة على هذه السلطة فى صلب القوانين؟

ويمكن أن نتعرض للمسألتين السابقتين فيما يلي:-

٣٠-بالنسبة للمسألة الأولى المتعلقة بسلطة الموظفين المختصين فى الاستعانة برجال الشرطة فى حالة عدم النص صراحة على ذلك:

يمكن القول من البداية بأنه لا يلزم بالفعل أن ينص أى قانون مهما كانت طبيعته على حق الموظفين ممن لهم صفة الضبط القضائي المكلفين بتطبيق أحكامه فى طلب الاستعانة برجال الشرطة لتمكينهم من أداء مهامهم، إذ إن هذا الحق يخول لهم سواء نص عليه القانون أم لا، فالأمر يتعلق فى النهاية بحسن أداء موظفين يتبعون للدولة لوظائفهم ، يستهدفون

---

(١) راجع أيضا المادة ٦٣ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصرى .

بها مصلحة عامة يلزم أن تتعاون كافة الجهات المختصة بالدولة -وليس فقط رجال الشرطة - على رعاية من يقوم على تحقيقها، وتوفير الحماية اللازمة له. ولا أدل على ذلك من أن المشرع قد وفر حماية جنائية للموظفين العموميين أو غيرهم من المكلفين بخدمة عمومية، وسواء أكانوا من رجال الضبطية القضائية أم لا بالمادة ١٣٦[١]من قانون العقوبات المصرى التى تعاقب كل من يتعدى على أحد هؤلاء أو يقاومه بالقوة أو العنف أثناء تأدية وظيفته أو بسبب تأديتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه مصري .

وإن كان الأمر كذلك، وبالتالي لا يلزم النص صراحة فى صلب قانون ما على سلطة المكلفين بتطبيق أحكام هذا القانون فى الاستعانة برجال الشرطة طالما أن لهم فى النهاية ممارسة هذه السلطة ، سواء نص القانون أم لا. إذن ما هى قيمة النص صراحة على هذه السلطة فى صلب القانون ، هذا هو مضمون المسألة الثانية التى نعرض لها فيما يلي :

٣١-**المسألة الثانية:** تتعلق بمدى قيمة النص صراحة فى صلب القانون على سلطة الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه على الاستعانة برجال الشرطة.

تتعدد القوانين الخاصة التى تتضمن النص صراحة على هذا الأمر، ومن ذلك قانون العمل المصري الذى تطالب المادة ١٦٤ منه سلطات الضبط والربط بمساعدة العاملين المكلفين بمراقبة تنفيذ هذا القانون عند قيامهم بوظيفتهم مساعدة فعالة إذا طلب منهم ذلك .

وأيضاً ينص قانون البيئة الكويتي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٥ المعدل

---

(١)معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ .

بالقانون رقم ١٦ لسنة ٩٦ صراحة على هذه السلطة بالمادة ١١ منه التى تسمح للموظفين المكلفين بتطبيق أحكام هذا القانون بالاستعانة برجال الشرطة إذا اقتضى الأمر ذلك .

ويلاحظ إنه لم تقرر هذه القوانين التى تسمح للموظفين المختصين الاستعانة برجال الشرطة جزاءً جنائياً يضمن استجابة هؤلاء الآخرين لطلب المكلفين بتنفيذ تلك القوانين . مما يؤكد التساؤل حول قيمة النص صراحة على هذا الأمر الذى يمكن ألا يستجاب إليه من قبل رجال الشرطة. وهذا ما يعني فى النهاية الحرص على تنظيم مثل هذه الأمور بين الجهات المختلفة من خلال اللقاءات المباشرة بين ممثليهم دونما حاجة إلى تقرير ذلك بالقوانين ، وخاصة أن قوانين البيئة كثيراً ما تتضمن النص على تشكيل مجلس إدارة أو مجلس أعلى بعضوية ممثلين من الوزارات المعنية بالبيئة، وذلك كما هو الحال الذى تقرره كل من المادة (٦) من قانون البيئة المصرى والمادة (٢٤) من قانون البيئة الكويتي، هذا فضلاً عن المادة ٢٦ من قانون البيئة المصرى التى تطالب جميع الجهات العامة والخاصة والأفراد بأن تسارع بتقديم جميع المساعدات والإمكانات المطلوبة لمواجهة الكارثة البيئية .

المبحث الثالث

التزام مأموري الضبط القضائي المكلفين بتطبيق التشريعات البيئية بالمحافظة على أسرار المهنة

تمهيد وتقسيم :

٣٢-مما لا شك فيه أن مأموري الضبط المكلفين بتطبيق التشريعات البيئية كثيراً ما يطلعون على أسرار الأفراد والمؤسسات، وذلك من خلال ما تخولهم هذه التشريعات من سلطات خاصة بدخول أماكن مختلفة والإطلاع عما بداخلها للتحقق من مدى احترامها لأحكام القوانين واللوائح المختلفة، وما يقتضى ذلك من إطلاع الموظفين المختصين على مستندات وسجلات وشهادات وبيانات تتعلق بقدرة مؤسسة ما على الإنتاج أو التخزين أو التسويق أو غيرها من أمور لو علم بها المنافسون لها لأثر ذلك على وضعها الاقتصادي بصفة عامة.

ولهذا كان الاهتمام بتلك الحصيلة من المعلومات التى يتوصل إليها مأمورو الضبط القضائي المختصون بحيث لا يستخدمونها إلا فى سبيل الكشف عن مدى التحقق من الالتزام بالقوانين أو اللوائح فقط، ولا يفشون بها إلى الغير أو يطلعونه عليها إلا فى نطاق ما تسمح به القوانين. فالمفتشون المختصون بمراقبة المنشآت المصنفة[١] فى فرنسا يتمتعون بسلطات واسعة تجعلهم يتوصلون لمعلومات عدة ، إذ يكون لهم سلطة زيارة المنشآت فى كل لحظة لمراقبة مدى التزامها بإجراءات المحافظة على البيئة (مادة ٤/١٧ من المرسوم الصادر فى ٢١ سبتمبر ١٩٧٧) ، كما لهم الحق فى طلب إجراء اختبارات معينة يتحمل تكلفتها مستغل

---

(١) Michel PRIEUR . Droit de l'environnement .op. cit., n° 589 . p.457 et 458.

المنشأة، وذلك فى معامل خاصة أو جهات محددة من قبل وزارة البيئة بعد موافقة المجلس الأعلى للمنشآت المصنفة (مادة ٤٠ من المرسوم الصادر فى ٢٠سبتمبر ١٩٧٧).

وقد اتبع المشرعون فى نطاق التشريعات البيئية نظامين من أجل إلزام الموظفين المختصين بالمحافظة على أسرار المهنة، أولهما أن ينص صراحة داخل القانون المتعلق بالبيئة على إلزام الموظفين المختصين بالمحافظة على أسرار المهنة ، وثانيهما ترك الأمر للقاعدة العامة الواردة فى صلب قانون العقوبات الملزمة لكافة من يكون مودعاً لديه بحكم صنعته أو وظيفته أسرار بالمحافظة عليها، وهذا ما نعرض له فى مطلبين وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : تضمن التشريع البيئي النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه بالمحافظة على أسرار المهنة.

المطلب الثاني: خلو التشريع البيئي من النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه بالمحافظة على أسرار المهنة .

المطلب الأول

تضمن التشريع البيئي النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه بالمحافظة على أسرار المهنة :

٣٣-تمنح العديد من التشريعات الخاصة المتعلقة بالبيئة سلطات عدة للموظفين المختصين بتطبيقها، والتى يمكن من خلال استعمالهم لهذه السلطات التوصل لمعلومات وفيرة عن أحد المشروعات التى تخضع لرقابتهم. من أجل ذلك حرصت بعض هذه التشريعات على إلزام هؤلاء

الموظفين المختصين بالمحافظة على الأسرار التى يتوصلون إليها بسبب أو أثناء تأدية مهامهم. ومع ذلك تختلف تلك التشريعات فيما بينها من حيث معالجتها لهذا الأمر متبعة أحد الأسلوبين التاليين:

٣٤-**الأسلوب الأول** : تلجأ إليه بعض التشريعات والتى تنص صراحة على ضرورة التزام الموظفين المكلفين بتطبيق أحكامه بالمحافظة على أسرار المهنة، وذلك دون أن تقرر لهم عقوبات معينة عند مخالفتهم لهذا الالتزام، مما يعني خضوعهم فى النهاية للقاعدة العامة الواردة أصلاً فى قانون العقوبات التى تحظر إفشاء الأسرار المتعلقة بأعمالهم وتعاقب عليه، ومن ذلك قانون العمل المصرى الذى تستلزم المادة ١٦٠ منه أن يحلف العاملون المكلفون بتنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له ورؤساؤهم اليمين أمام وزير الدولة للقوى العاملة والتدريب عند تعيينهم بأن يقوموا بأداء عملهم بأمانة وإخلاص وألا يفشوا سراً من أسرار العمل أو أى اختراع صناعي أطلعوا عليه بحكم وظيفتهم حتى بعد تركهم للعمل. ومن ذلك أيضا ما تقضى به المادة ٧٧ من قانون العاملين بالدولة فى بندها الثامن حيث يحظر على العامل إفشاء الأمور التى أطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية بطبيعتها أو بموجب تعليمات تقضى بذلك. ويظل هذا الالتزام بالكتمان قائماً ولو بعد ترك العامل الخدمة.

٣٥-**الأسلوب الثاني** : تتبعه بعض التشريعات البيئية الأخرى والتى تنص صراحة على ضرورة التزام الموظفين المكلفين بتطبيق أحكامها بالمحافظة على أسرار المهنة وتعاقبهم بنفس العقوبات المقررة أصلاً فى قانون العقوبات، ومن ذلك ما تقضى به المادة ٥٩ من المرسوم بقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين والتى تلزم كل

شخص مكلف بتنفيذ أحكام هذا المرسوم بقانون بمراعاة سر المهنة طبقا لما تقضى به المادة ٣١٠ من قانون العقوبات، وإلا كان مستحقا للعقوبات المنصوص عليها فى تلك المادة.

وبالتالي فإنه إذا كانت الجريمة المنصوص عليها فى القانون البيئي هى بعينها الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٣١٠ من قانون العقوبات، فإن النص عليها يكون تزيدا، ولكن تكون للنص فائدته إذا لم يقيد تطبيقه بشروط المادة ٣١٠ بحيث لا يكون هناك محل للبحث فيما إذا كان الإفضاء قد وقع على سر، وما إذا كان فى إفشائه ضرر لشخص أو لعائلة، إذ يكتفي بوقوعه على بيان أو استعلام أو غير ذلك مما ينص عليه. وبالتالي تتحقق الجريمة ولو اقتصر ضرر الإفشاء على المصلحة العامة، وهنا يكون النص بمثابة النص الاحتياطي للحالات التى لا ينطبق عليها النص العام طبقا للمادة ٣١٠ من قانون العقوبات[١].

المطلب الثاني

خلو التشريع البيئي من النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه بالمحافظة على أسرار المهنة

٣٦-هناك جانب آخر من التشريعات البيئية التى لم يتطرق فيها للنص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامها بالمحافظة على أسرار المهنة. وهذا يعني خضوع هؤلاء للقاعدة العامة الواردة فى قانون العقوبات التى تجرم إفشاء الأسرار التى يتوصلون إليها بسبب أو

---

(١) الدكتور / محمود مصطفى - الجرائم الاقتصادية فى القانون المقارن - الجزء الأول، الأحكام العامة فى الاجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٩ ، بند ١٢١ ، ص ٢٣٨.

أثناء تأدية أعمالهم، ويتبع هذا الأسلوب كل من قانون البيئة المصرى والكويتي وذلك على النحو التالي : -

ففى نطاق التشريع المصري وردت هذه القاعدة فى قانون العقوبات بالمادة ٣١٠ منه، والتى تعاقب الفقرة الأولى منها كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى أؤتمن عليه فأفشاه فى غير الأحوال التى يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه .

وتنطبق هذه المادة على الموظفين المختصين المكلفين بتطبيق قانون البيئة المصرى ولائحته التنفيذية، إذ لم يتضمن هذا القانون أى نص يتعلق بإلزام هؤلاء الموظفين على المحافظة على الأسرار التى يتوصلون إليها بسبب أو أثناء تأدية عملهم، وبالتالي لا مفر من تطبيق المادة ٣١٠ سالفة الذكر عليهم إذا ما أخلوا بتنفيذ هذا الالتزام .

ومع ذلك يثور التساؤل حول مدى توفيق المشرع المصرى بترك أمر المحافظة على أسرار المهنة من قبل الموظفين المكلفين بتنفيذ قانون البيئة ولائحته التنفيذية لنص المادة ٣١٠ سالفة الذكر وعدم النص على ذلك فى صلب هذا القانون، وبالتالي إمكانية تعديل العقوبة المقررة للإخلال بهذا الالتزام عن تلك التى تقضى بها المادة ٣١٠ سالفة الذكر .

أرى أنه كان من الأوفق أن يتجه المشرع المصرى فى قانون البيئة إلى النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتطبيق أحكامه بالمحافظة على كافة الأسرار التى يتوصلون إليها بسبب أو أثناء تأدية أعمالهم، والعقاب على خرق هذا الالتزام بعقوبات تزيد عن تلك التى تقضى بها المادة ٣١٠ من قانون العقوبات سالفة الذكر (الحبس مدة لا

تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه). إذ تبدو هذه العقوبة غير متناسبة مع ما يمكن أن يترتب على خرق هذا الالتزام من نتائج خطيرة يمكن حصرها فيما يلي :

١-جسامة الأضرار التى يمكن أن تترتب على خرق ذلك الالتزام، فالموظفون المختصون بتطبيق أحكام قانون البيئة يتمتعون بسلطات واسعة قد تمكنهم فى كثير من الأحوال من الاطلاع على كافة ما بداخل منشأة صناعية ما، ويشمل ذلك مخططاتها وابتكاراتها ومواصفات ومعدلات تسويق إنتاجها، مما قد يؤدي تسريب معلومات تتعلق بمثل تلك الأمور -وخاصة إلى منافسين لهذه المنشأة - إلى خسارة فادحة لهذه الأخيرة.

٢-فضلاً عما قد يترتب من استغلال بعض الموظفين المختصين بتطبيق قانون البيئة لحصيلة المعلومات التى يتوصلون إليها بسبب استعمال سلطاتهم، والاتجار فيها قد يؤدي بالكثيرين من أصحاب الشأن إلى فقد الثقة فى قانون البيئة، والتحايل من أجل منع أو عرقلة أعمال الموظفين المختصين بتطبيقه أو إخفاء المعلومات الهامة عنهم. وهذا أمر جد خطير فقوانين البيئة بصفة عامة تعد فى مجملها قوانين حديثة، تتعلق بنشاطات متعددة فى الحياة لم يعهد الأفراد أو الجهات على ممارستها فى ظل قيود قد تبدو لبعضهم غير جديرة باحترامها.

ولهذا يبدو من الأوفق النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتطبيق قانون البيئة بالمحافظة على الأسرار والعقاب على خرق هذا الالتزام بعقوبات متناسبة تزيد على ما هو مقرر بالمادة ٣١٠ من قانون العقوبات سالفة الذكر ، وهذا سيكون له أثره فى تشجيع أصحاب الشأن على التعامل مع المختصين بأمانة وثقة، وتشعرهم بالاطمئنان على مصالحهم الخاصة، وتقوي رغبتهم فى احترام قانون البيئة بصفة عامة.

الفصل الثاني
المشكلات المتعلقة
بإثبات الجرائم الماسة بالبيئة

تمهيد وتقسيم :

٣٧- يعني الإثبات بصفة عامة إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلك بالطرق والقواعد المحددة قانوناً[١].

وإذا كان دور مأموري الضبط القضائي المكلفين بتطبيق التشريعات البيئية يتمثل أساساً في مراقبة كافة الخاضعين لهذه التشريعات للتحقق من مدى احترامهم لأحكامها، فإن هذا الدور قد ينتهي إذا ثبت لهم التزام هؤلاء الخاضعين ومراعاتهم للقواعد القانونية المقررة بشأنهم، أما إذا ثبت غير ذلك واتضح أن المعنيين بتطبيق قانون ما غير ملتزمين بأحكامه كان لمأموري الضبط القضائي المختصين اتخاذ كافة ما يلزم من إجراءات لإثبات كل ما هو مخالف لهذا القانون.

ويخضع إثبات الجرائم بصفة عامة لمبدأين أوجزهما الأستاذ Jean PRADELبقوله " إذا كان من الممكن استخدام أى دليل إلا أنه لا يمكن الحصول عليه بأى وسيلة" [٢] ويرمى من وراء ذلك إلى خضوع البحث عن دليل ما لنظام قانوني يضمن الحصول عليه بشكل مشروع دون المساس بحريات الأفراد أو حرماتهم.

تتنوع طرق إثبات الجرائم ما بين الشهادة والاعتراف والخبرة والكتابة والقرائن، ومع ذلك تعد الكتابة أحد أهم هذه الطرق لإثبات الجرائم الماسة بالبيئة حيث يحتاج أمر إثبات أغلبها إلى التوصل

---

(١) محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية- المرجع السابق، بند ٤٤٧ ، ص ٤٠٥.

(٢) Jean PRADEL . Procedure Pénale . cujas . Pairs . 1993 . n° 258. p.287.

لمعلومات أو بيانات، أو الإطلاع على مستندات أو سجلات، أو إجراء قياسات أو اختبارات تم تدوين نتائج كل ذلك فى محاضر إذا ثبت وجود جرائم ماسة بالبيئة، وذلك من خلال مقارنة تلك النتائج بما يجب أن يتوفر من معايير أو مواصفات طبقاً للقانون.

ومع الأخذ فى الاعتبار ما سبق ذكره(١)بخصوص المادة ٢٢ بشأن منح صاحب الشأن الذى تثبت مخالفته لأحكام قانون البيئة أو لائحته التنفيذية مهلة لتصحيح الوضع، فإنه سيكون لمأموري الضبط القضائي المختصين بعد فوات هذه المهلة دون أن يقوم المخالف بتصحيح مخالفاته تحرير المحاضر اللازمة لإثبات جرائمه. هذا فضلاً عن دورهم فى تحرير المحاضر اللازمة بشأن كافة الجرائم الأخرى الماسة بالبيئة، والتى لا ينطبق عليها حكم المادة ٢٢ سالفة الذكر .

ويثير إثبات الجرائم الماسة بالبيئة بواسطة المحاضر التى يحررها الموظفون المختصون مشكلة هامة عند نظر هذه الجرائم أمام القضاء، وذلك فى الحالة التى يؤكد فيها المخالف أثناء تحرير المحضر الخاص بمخالفته ارتكابه للفعل المادي المكون للجريمة،ولكنه ينفى فى الوقت نفسه علمه بأن هذا الفعل يعد جريمة طبقاً للقانون. وهى مشكلة تكاد تكون منتهية أمام مبدأ افتراض العلم بالقانون لدى الكافة ، وبالتالي عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، ولكن ليس الأمر هكذا فى نطاق التشريعات البيئية،والتى قد يعد تكليف أصحاب الشأن بالعلم بها من باب المستحيل فى ظل التضخم الهائل ليس فى القوانين البيئية فقط، ولكن فى اللوائح التنفيذية لهذه القوانين، والتى كثيراً ما تشمل على أرقام ومعايير وجداول يصعب الإلمام بأحكامها.

---

(١) راجع ما سبق بند ٢٢.

وبنـــاء على ما سبق يمكن تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نعـــرض فى أولهما لهذه المشكلة الخاصة بإثبات الجرائم الماسة بالبيئة فى ظل مبدأ افتراض العلم بالقانون، ثم نبين فى ثانيهما كيف يمكـــن التخفيــف مـــن صرامة هذا المبدأ فى نطاق قانون البيئة فى كل من مصــــر والكويـــت . وذلك كله على النحو التالي:-

المبحث الأول : مشكلة إثبات الجرائم الماسة بالبيئة فى ظل مبدأ افـتراض العلم بالقانون.

المبحث الثاني : مظـــاهر التخفيف من صرامة مبـــدأ افــتراض العلـــم بالقانون فى نطاق قانون البيئة المصرى والكويتي .

المبحث الأول

مشكلة إثبات الجرائم الماسة بالبيئة فى ظل مبدأ افتراض العلم بالقانون

تمهيد وتقسيم :

٣٨-أرجو ألا يفهم من عرض تلك المشكلة فى نطاق هذا البحث أنه إقحام لها فى المجال الإجرائي للبيئة محل الدراسة، إذ إنه يجب أن يكون لمأموري الضبط القضائي المختصين فى مجال التشريعات البيئية دورهم فى بيان موقف المخالف وإمكانياته فى العلم بالقانون محل التطبيق، وبالتالي مدى احتمال وقوعه فى غلط فى القانون، واعتقاده بناء على ذلك بمشروعية الفعل الذى ارتكبه .

ويمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أبين فى أولهما لعدم توافر مبررات مبدأ افتراض العلم بالقانون فى نطاق التشريعات البيئية، وأعرض فى ثانيهما كيف حاول المشرع الفرنسي من خلال إصداره لقانون العقوبات الجديد التخفيف من صرامة هذا المبدأ، وذلك كله على النحو التالي :-

المطلب الأول : عبء مبدأ افتراض العلم بالقانون فى نطاق التشريعات البيئية .

المطلب الثاني: إتجاه قانون العقوبات الفرنسي الجديد للتخفيف من حدة مبدأ افتراض العلم بالقانون.

المطلب الأول

عبء مبدأ افتراض العلم بالقانون فى نطاق التشريعات البيئية

٣٩-تتمثل أهم مبررات مبدأ افتراض العلم بالقانون في صعوبة إثبات هذا العلم من قبل سلطة الاتهام، مما قد يجعل جهل المتهم بأحكام القانون سبباً للبراءة، وهذا قد يلحق بمصالح المجتمع أبلغ الضرر لأنه يؤدي إلى تعطيل تطبيق القوانين ويفوت أهدافه (١).

وقد استقر (٢) على افتراض العلم بالقانون باعتباره حيلة ضرورية(٣) من اجل تطبيق القوانين العقابية.

وإذا حاولنا تطبيق مبدأ افتراض العلم بالقانون على أصحاب الشأن المكلفين باحترام أحكام قوانين البيئة سيتضح مدى عبء ما نحمله لهؤلاء، فالأمر هنا فى أغلب الأحوال يتعلق بارتكابهم لأفعال يتحدد مدى مخالفتها للقانون بناء على قياسات أو اختبارات دقيقة . إذ إن ما يلزم توافره مثلاً من معايير أو مواصفات أو معدلات طبقاً لأحكام هذه القوانين بشأن الانبعاثات التى تصدر أو تصرف من منشأة ما أو ما يلزم توافره من مواصفات فى بناء المنشأة نفسها أو إنتاجها وكيفية تعبئته أو تسويقه كلها أمور قد يصعب العلم بها. وهذا الأمر لا ينطبق فقط على القوانين فى

---

(١) الدكتور / محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات، القسم العام- دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، القاهرة، ١٩٨٩ ، بند ٦٦٧ ، ص ٦٠٢.

(2) أنظر بشأن مبدأ افتراض العلم بالقانون فى القضاء الفرنسي ما يلي :

- Crim 24 Fev. 1820 . B.C. n° 33.
- Crim. 8 Fev. 1966, B.C. n° 36 , Rev. Sc. Crim. 1966, p.887, obs. A. légal .
- Crim 2 mars 1976 , B.C. n° 78 .

(٣) Jean PRADEL. Le nouveau code Pénal (Partie générale) 2 ème éd, Dalloz, Paris, 1995 , n° 44.

مجال البيئة ، وإنما ينطبق كذلك على كافة القوانين التى تتعلق بمجـــالات أخرى كالنقد والضرائب والجمارك والبناء والتصدير والاستيراد(١). ولهذا فإنه إذا كانت القاعدة أن الجهل أو الغلط فى القانون لا يصلح عذرا فإنـــه يلزم لدى البعض(٢) ألا تكون هذه القاعدة مطلقة،وإنما ينبغي أن يرد عليها قيد يلطف من حدتها بحيث يكون هذا القيد خاصا بالحالات التى يكون فيها جهل الفاعل أو غلطه فى القانون جهلا أو غلطا حتميـا invincible أى لا يمكن تجنبه ببذل العناية والحذر اللذين يبذلهما الشخص المتوسط فـــى نفس الظروف .

المطلب الثاني

إتجاه قانون العقوبات الفرنسي الجديد للتخفيف من حدة مبدأ افتراض العلم بالقانون

٤٠-حرص المشرع الفرنسي فى قانون العقوبـــات الجديـــد علـــى تلافى كافة الانتقادات والعيوب التى لحقت بقانون العقوبات السابق، وذلك من خلال إلغاء بعض النصوص أو تعديلها أو إضافـــة قواعـــد قانونيـــة جديدة. ويعد من النصوص الجديدة التى أخذ بها المشرع الفرنســـي فـــى قانون العقوبات الفرنسي الجديد، والتى لم يكن لها ما يقابلها فـــى قـــانون العقوبات السابق المادة ٣/١٢٢ والتى تقضى بأنه لا يسأل جنائيا الشخص الذى يبـــرر اعتقـــاده -بشأن غلط فى القانون لم يتمكن من تجنبه -

---

(١) Mohan PRABHU, C.R,op. cit. P.690.

(٢) الدكتور/ عمر السعيد رمضان- بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم(بحث فى طبيعة الركن المعنوى للجريمة)- دار النهضة العربية، القـــاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٠ وراجع أيضا :

الدكتور / فرج صالح الهريش ،جرائم تلويث البيئة-المرجع السابق،ص ٢٩٠ و٢٩١.

بمشروعية الفعل الذى ارتكبه .

ويبدو أن الاعتداد بالغلط فى القانون كأحد موانع المسئولية أمر متوقع[١] بعد أن زادت هذه الانتقادات الموجهة لمبدأ افتراض العلم بالقانون بعد تضخم التشريعات الجنائية على نحو جعل من الصعب على المواطن أو الأجنبي أن يلم بأحكامها المتعددة، بل حتى القضاة أنفسهم أصبحوا فى حاجة دائمة للعلم بالنصوص الجنائية الجديدة[١] وقد كان الاتجاه لهذا المانع من المسئولية منذ مشروع قانون العقوبات الفرنسي عام ١٩٧٨ حيث قضت المادة ٤٢ منه بعدم عقاب الشخص الذى يقع فى غلط فى القانوني لا يمكن تجنبه معتقدا بمشروعية الفعل الذى يرتكبه، ولكن مشروع قانون العقوبات لعام ١٩٨٦ لم يأخذ بهذا المعنى.

وقد حاول المشرع الفرنسي من خلال المادة ٣/١٢٢ سالفة الذكر بشأن الغلط فى القانون أن يأتي بقانون أكثر وضوحا وأكثر قبولا لدى المواطن، ويتمشى بذلك مع ما تتطلبه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من وجوب أن يكون القانون قابلا للخضوع له بما فيه الكفاية بحيث يلزم أن يتوفر للمواطن لمعلومات كافية عن القواعد القانونية القابلة للتطبيق، هذا بالإضافة إلى ضرورة أن تكون القاعدة القانونية محددة مما فيه الكافية على نحو يسمح للمواطن بتنظيم شئون حياته بما يتوافق والقانون. وذلك من خلال تقديم النصائح اللازمة عن نتائج أفعاله[٢].

---

(١) Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, Le nouveau droit pénal , Tom 1. Droit pénal général . 2 ème éd . economica, Paris, 1996. n° 675, p. 502.

(٢) راجع ذلك لدى :
Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, op cit . n° 673. p. 500.

والجاني هو الذى يجب أن يتمسك بالغلط فى القانون الذى لم يتمكن من تجنبه على نحو جعله يعتقد بمشروعية الفعل الذى ارتكبه ، وبالتالي فالجاني هو الذى يبرر غلطه لأنه يكون فى وضع أفضل لكى يقنع القاضي بحسن نيته . وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية[١] ففى إحدى الدعاوى حيث اعتقد الجناة بمشروعية فعلهم بتركيب مولد كهربائي فى أرض يشرعون فى تشييدها اعتمادا على رخصة البناء التى لديهم، وقضت "محكمة فرساي ببراءتهم بناء على وقوعهم فى غلط فى القانون، وقد ألغت محكمة النقض حكم استئناف فرساي على أساس أن الجناة لم يتمسكوا من أنفسهم بتطبيق المادة ١٢٢/٣ المتعلقة بالغلط فى القانون.

وعلى الرغم من صراحة المادة ١٢٢/٣ سالفة الذكر فيما تتطلبه من ضرورة أن يتمسك الجاني بالغلط فى القانون لتبرير اعتقاده بمشروعية فعله فإن البعض[٢]يرى أن هذا يعد تزيدا من الناحية القانونية لا فائدة منه لأنه فى نطاق موانع المسئولية – فيما عدا نص مخالف– فإن إثبات مانع المسئولية يكون من قبل الشخص الذى يثيره دون حاجة إلى النص على ذلك من قبل المشرع، وهذا بالفعل ما أتبعه المشرع الفرنسى فى شأن القوة القاهرة والإكراه والدفاع الشرعى وحالة الضرورة، ومع ذلك يحاول هذا الرأى تبرير موقف المشرع الفرنسي فى هذا الشأن على أساس أنه يقصد به توجيه المحاكم إلى التشدد فى الإثبات لقبول الغلط فى القانون بما يبقى لمبدأ افتراض العلم بالقانون قوته أيضا.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الغلط الذى يعتقد به المشرع الفرنسي

---

(١) Crim. 15 nov. 1995 . B.C. n° 350 .

(٢) Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC , op. cit., n° 677, p. 503

كأحد موانع المسئولية طبقا للمادة ٣/١٢٢ سالفة الذكر هو الغلط فى القانون وليس الغلط فى الواقع ، فالشخص الذى يقع فى غلط فى القانون لا يعلم بوجود القواعد القانونية القابلة للتطبيق على فعله، وبالتالي يجهلها، أو يفسرها تفسيرا مغلوطا، أما بالنسبة للغلط فى الواقع فالشخص يعلم بوجود القانون القابل للتطبيق ولكنه لا يرى أن فعله يخضع لتجريم جنائي[١].

وهكذا تبدو أهمية اعتداد المشرع الفرنسي بالغلط فى القانون الذى لا يمكن تجنبه فى نطاق التشريعات الجنائية الخاصة التى تتضمن نصوصا تفصيلية يصعب على الشخص العادى الإلمام بها، وذلك كما فى مجال قوانين البناء والبيئة والعمل والتى يتطلب لتطبيق أحكامها إعداد اللوائح اللازمة بما تتضمنه من ملاحق وجداول تتعلق بتقنينات خاصة ، ويعتبر عدم نشر مثل هذه الملاحق والجداول [٢]مبررا مناسبا للتمسك بالغلط فى القانون.

أثر المعلومات الخاطئة الصادرة من الإدارة فى تبرير الغلط فى القانون الذى لا يمكن تجنبه

طرح أثناء المناقشات البرلمانية[٣] للموافقة على المادة ٣/١٢٢ بشأن الغلط الذى لا يمكن تجنبه مثالان يبرران الغلط فى القانون الذى

---

(١) Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, op. cit., n° 679, p. 504.
- Philippe CONTE et Patrick Maistre du CHAMON , Droit Pénal Général, 3e éd , Armand Colin , Paris. 1998. n° 397, p. 210 et 211.

(٢) Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC. op. cit ., n°686, p.508.

(٣) Frédreic DESPORTES et Francis LE GUNEHEC. op. cit.. n° 684. p. 506.

يمكن أن يقع فيه الجاني ولا يستطيع تجنبه، ويتعلق هذان المثالان بالمعلومات الخاطئة التى تصدر من الإدارة ، وعدم نشر القانون. وإن كان عدم نشر القانون يبدو من الوضوح كمبرر لوقوع الأفراد فى غلط فى القانون لأنه لم ينشر أصلا،وبالتالي استحالت قدرتهم على العلم به، أما بالنسبة للمعلومات الخاطئة التى تصدر من الإدارة فتحتمل التفصيل.

وتتعدد الفروض المتعلقة بإصدار الإدارة لمعلومات خاطئة من مجرد إرشادات تصدر من موظف محلي بواسطة التليفون حتى رد الوزير المكتوب عن سؤال برلماني، حيث ينشر هذا الرد فى الجريدة الرسمية[1]. إذ إنه إذا كان من المقبول من ناحية تبرير الغلط فى القانون الذى يقع فيه الجاني ويرتكب فعلا مجرما معتقدا مشروعيته بناء على علمه بهذا الرد الصادر من الوزير بمعلومات خاطئة وتم نشره فى الجريدة الرسمية، فإنه لا يمكن من ناحية أخرى قبول هذا التبرير بالغلط فى القانون إذا كانت تلك المعلومات الخاطئة وردت فى مجرد بيان أو برد من موظف بواسطة التليفون، حيث يجب أن يتحرى الجاني عن طبيعة الفعل المجرم الذى أقدم عليه، ولا يعتمد علي مجرد مكالمة تليفونية ليجد المبرر لنفسه للإقدام على فعل مخالف للقانون. وبالطبع يوجد بين هذين المثالين المذكورين فروض أخرى قد تتمثل فى منشورات ، أو خطاب برد لأحد الأشخاص يصدر من وزير أو إدارة أو غيرها .

ومع ذلك يبقى للمحاكم سلطتها فى تقدير المبررات التى يبديها الجاني والتى جعلته يعتقد بمشروعية فعله، وأوقعته بالتالي فى غلط فى القانون لم يتمكن بسبب تلك المبررات من تجنبه، وهذا ما يجب أن تحتاط

---

(١) Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC. op. cit., n° 685 . p. 507

المحاكم بصدده، ولا تعتد إلا بالمبررات القوية التى تطمئن لها حتى لا يتخذ هذا الأمر كذريعة لإهدار مبدأ افتراض العلم بالقانون تماما، وليس التخفيف من صرامته كما هدف بذلك المشرع الفرنسي من المادة ٣/١٢٢ التى اعتبرت الغلط فى القانون الذى لا يمكن تجنبه أحد موانع المسئولية، وهذا سيكون له أثره بلا شك بشأن تطبيق أحكام التشريعات البيئة المتعددة فى فرنسا على نحو يجعل هذا التطبيق أقرب إلى واقع من تطبق عليهم هذه التشريعات.

المبحث الثاني

مظاهر التخفيف من صرامة مبدأ افتراض العلم بالقانون فى نطاق قانون البيئة المصرى والكويتي.

تمهيد وتقسيم :

٤١- يتطلب تطبيق أغلب التشريعات الجنائية الخاصة ومنها قوانين البيئة، احترام بعض الأحكام الخاصة بها والتى كثيرا لا تخلوا من بعض التفصيلات التى يصعب أو يستحيل على الفرد العادي العلم بها حتى يستطيع مراعاتها. ولهذا يتجه المشرعون فى تلك التشريعات إلى بعض الحيل القانونية والتى يستطيعون من خلالها مواجهة مبدأ افتراض العلم بالقانون باعتباره أيضا حيلة قانونية لا يمكن الاستغناء عنها. ومن هنا كانت محاولات المشرعين المختلفة التوفيق بين هذا المبدأ الذى تتطلب وجوده ضرورات واقعية، وبين ما يمكن أن يقلل أو يخفف من حدته على نحو يحقق لكل من المشرع والفرد الشعور بالاطمئنان تجاه القوانين التى تصدر وتكون حقا قابلة للتطبيق .

ومن هذا المنطلق فإنه باستعراض الأحكام الخاصة فى كل من قانون البيئة المصرى والكويتي، فإنه يمكن القول بوجود بعض مظاهر التخفيف من حدة مبدأ افتراض العلم بالقانون فى كل من القانونين، وإن كان لكل مشرع أسلوبه الخاص فى هذا الشأن. ومع ذلك فيمكن القول بأن هذه المظاهر جميعها قد وردت فى كل من القانونين تقديرا من المشرعين لما يمكن أن يتسم به المخالف لأحكامه من حسن نية عند اقترافه للفعل المجرم بسبب جهله بأحكام القانون، أو عدم تعمده مخالفة القانون، واستعداده لتصحيح أوضاعه المخالفة .

ويمكن القول بأن كلا من المشرع المصرى والكويتي تبني أسلوبا

مختلفا عن الآخر لتحقيق نفس الهدف، فبينما اتجه المشرع المصري إلى منح المخالف لأحكام قانون البيئة لديه فرصة تصحيح أوضاعه المخالفة اتجه المشرع الكويتي إلى نظام الصلح بشأن المخالفات التى تقع لأحكام البيئة لديه وذلك على النحو الذى نعرض له فى المطلبين التاليين :-

المطلب الأول : تصحيح المخالفات فى قانون البيئة المصرى.

المطلب الثانى: الصلح فى قانون البيئة الكويتي.

المطلب الأول

تصحيح المخالفات فى قانون البيئة المصرى

٤٢-اتجه المشرع المصرى فى أكثر من موضع فى قانون البيئة إلى إلزام المخالف لبعض أحكام هذا القانون بتصحيح مخالفاته، والتى تقبل أصلا مثل هذا التصحيح على نحو يجعلها متوافقة وما يتطلبه القانون. ولقد حاول المشرع المصرى التخفيف من وطأة التطبيق الفورى لأحكام قانون البيئة على أصحاب الشأن، وذلك من خلال منحهم فرصة لتوفيق الأوضاع لديهم على نحو يتمشى وأحكام هذا القانون.

وعليه فيمكننا أن نعرض للعلاقة الوثيقة بين منح المشرع المصرى للمطالبين بتطبيق أحكام قانون البيئة مهلة معينة لتوفيق أوضاعهم من ناحية أولى، ومنحهم مهلة لتصحيح مخالفاتهم الأحكام هذا القانون من ناحية ثانية ، ثم نبين مظاهر تصحيح المخالفات ، وأخيرا نعرض للأثر القانوني لتصحيح المخالفات وذلك فى ثلاثة فروع على النحو التالي :-

الفرع الأول : العلاقة بين كل من منح المشرع المصرى مهلة لتوفيق الأوضاع ومهلة لتصحيح المخالفات.

الفرع الثاني : مظاهر تصحيح المخالفات فى قانون البيئة ولائحته التنفيذية.

الفرع الثالث : الأثر القانوني لتصحيح مخالفات المعايير الموضوعة للبيئة.

الفرع الأول

العلاقة بين كل من منح المشرع المصرى مهلة لتوفيق الأوضاع ومهلة لتصحيح المخالفات فى قانون البيئة

٤٣-تعد قابلية القانون للتطبيق إحدى أهم سماته التى يحاول المشرعون دائما مراعاتها عند إصدارهم للتشريعات المختلفة، فالقانون الذى يستحيل أو يصعب على الأفراد الالتزام بأحكامه،وبالتالي عدم تطبيقه يفتقد للعدالة أو يفقد الأفراد الشعور بها .

ولهذا كان من المنطقي أن يحدد المشرع المصرى تاريخا لتطبيق أحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية بحيث يسمح لأصحاب الشأن بتوفيق أوضاعهم لكى تتوافق وأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية، إذ تقضى المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن البيئة(١) بأنه " مع مراعاة القواعد والأحكام الواردة فى القوانين الخاصة، يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن البيئة. وعلى المنشآت القائمة وقت صدور هذا القانون توفيق أوضاعها وفقا لأحكامه خلال ثلاث سنوات

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ٥ فى ١٩٩٤/٢/٣ .

اعتبارا من تاريخ نشر لائحته التنفيذية. وبما لا يخل بتطبيق أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ فى شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث. ويجوز لمجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون البيئة مد هذه المهلة لمدة لا تجاوز عامين على الأكثر إذا دعت الضرورة ذلك وتبين لمجلس الوزراء جدية الإجراءات التى اتخذت فى سبيل تنفيذ أحكام القانون المرافق" .

وقد خصت المادة الثانية من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٣٣٨ لسنة ١٩٩٥[١] بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المشار إليه الإجراءات التى يلزم أن تتبعها المنشآت القائمة التى ترغب فى مد المهلة المقررة لتوفيق أوضاعها حيث عليها أن تتقدم بطلبها إلى جهاز شئون البيئة قبل سنة أشهر سابقة على نهاية مدة الثلاث سنوات المنصوص عليها فى المادة الأولى سالفة الذكر على أن يشتمل الطلب على مبررات المد، وما اتخذ من إجراءات لتطبيق أحكام هذه اللائحة. ويلتزم جهاز شئون البيئة بالتحقق من صحة البيانات المقدمة، ومدى جدية المنشأة فى تطبيق أحكام هذه اللائحة ، ويرفع بذلك تقريرا مفصلا ومدعما بالمستندات إلى الوزير المختص بشئون البيئة لعرضه على مجلس الوزراء . وأخيرا يجوز لجهاز شئون البيئة أن يستعين عند إعداده للتقرير الخاص بالمد بخبراء ينتدبهم لهذا الغرض، ويتحمل طالب المد فى هذه الحالة بالتكاليف التى يقدرها الجهاز لهؤلاء الخبراء.

وهكذا قصد المشرع المصرى من منح مهلة للمنشآت القائمة لتوفيق أوضاعها على نحو يتفق وأحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية تهيئة أصحاب الشأن للمتطلبات القانونية الجديدة وعدم مفاجأتهم بأحكام قانونية

---

(١)الوقائع المصريه. العدد ٥١ (تابع) فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٩٥ .

يلزم لمراعاتها تجهيز المنشآت واستعداد الأفراد لاستيعاب هذه الأحكام وتوفير كل ما يلزم توطئة لاحترامها.

ويمكن بناء على ما سبق القول بأنه ترد على نظام توفيق الأوضاع ملاحظتان:

٤٤-**الأولى:** إنه حسنا فعل المشرع المصرى بتأكيده على ضرورة احترام كافة المنشآت لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ فى شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية، وبالتالي عدم تطبيق نظام توفيق الأوضاع على تلك المنشآت التى تصرف مخلفاتها فى نهر النيل أو المجارى المائية، إذ يجب أن تلتزم تلك المنشآت بالاشتراطات المنصوص عليها فى قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية وقانون البيئة دون أن يكون لها الحق فى الاستفادة من المهلة المخصصة للمنشآت الأخرى لتوفيق أوضاعها وذلك تقديرا من المشرع للمخاطر أو الأضرار التى يمكن أن تتعرض لها مياه نهر النيل أو المجارى المائية .

٤٥-**الثانية** : تتمثل فى انتهاء هذا النظام حيث انقضت بالفعل المدة المخصصة أصلا لتوفيق الأوضاع، وهى ثلاث سنوات منذ تاريخ نشر اللائحة التنفيذية (٢٨فبراير ١٩٩٥) ، وكذلك انقضت أيضا مدة السنتين اللتين يجوز لمجلس الوزراء منحهما استثناء للمنشآت التى ترغب مد المهلة المقررة لتوفيق أوضاعها. وبالتالي تصبح جميع المنشآت القائمة الآن خاضعة لأحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية سواء تلك التى نجحت بالفعل فى توفيق أوضاعها أو تلك التى أغفلت ذلك الأمر ولم توفق أوضاعها وبالتالي فلم تحترم المواصفات أو الاشتراطات أو المعايير التى نص عليها قانون البيئة ولائحته التنفيذية مما يستلزم خضوعها للجزاءات المقررة. ومع ذلك يبقى لديها فرصة أخرى تتمثل فيما قد تمنحه لها

الجهات المختصة من فرصة لتصحيح مخالفتها على النحو الذى نعــرض له فى الفرع التالي .

الفرع الثاني

مظاهر تصحيح المخالفات فى قانون البيئة ولائحته التنفيذية

يتمثل التصحيح فى منح المشرع مهلة للمخالف لكـــى يصحــح أو يعالج أفعاله المخالفة لقانون البيئة أو لائحته التنفيذية. وبهـــــذا المعنـــى يمكن القول بأن تصحيح المخالفات قد ورد فى موضعين متمـــيزين فـــى قانون البيئة، يتعلق أولهما بتصحيح مخالفات المعايير الموضوعة لحمايـــة البيئة على النحو الذى نصت عليه المادة ٢٢ من قانون البيئة، وثانيــــهما يتعلق بمنح المنشأة الصناعية التى يصرح لها بتصريف المــواد الملوثـــة القابلة للتحلل بعد معالجتها وذلك لمعالجـــة مخلفاتـــها لتصبـــح مطابقـــة للمواصفات والمعايير المحددة وذلك على النحو الذى نصت عليه المـــادة ٧١ من قانون البيئة.

ويبدو واضحا فى الحالتين أن الأمر يتعلق بمنح المخـــالف مهلـــة معينة لتصحيح مخالفاته على نحو يتمشى مع المعـــايير الموضوعـــــة. ولكن يعد تصحيح مخالفات المعايير الموضوعة لحماية البيئة طبقا للمـــادة ٢٢ سالفة الذكر القاعدة العامة التى تمنح بناء عليها كافة المنشآت مهلـــــة لمدة ستين يوما لتصحيح مخالفاتها، أما بالنسبة لمعالجة مخلفات المنشـــآت الصناعية التى يصرح لها بتصريف مخلفاتها السائلة المعالجة طبقا للمـــادة ٧١ حيث تمنح مهلة مدتها شهر لمعالجة مخلفاتها، فهى تعـــد اســـتثناء لا يطبق إلا على هذا النوع فقط من المنشآت الصناعية فيما يتعلق بتصريف مخلفاتها، وذلك على النحو الذى سنعرض له فيما يلى بالتفصيل لبيان كل

من القاعدة العامة فى التصحيح والاستثناء الوارد عليها.

أولا: القاعدة العامة بشأن تصحيح مخالفات المعايير الموضوعة لحماية البيئة:

٤٧-وردت هذه القاعدة العامة بالمادة ٢٢ من قانون البيئة[1] والتى تلزم صاحب المنشأة طبقا لأحكام هذا القانون بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة، وتخص جهاز شئون البيئة بمتابعة بيانات هذا السجل للتأكد من مطابقتها للواقع، وأخذ العينات اللازمة، وإجراء الاختبارات المناسبة لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة، وتحديد مدى التزامها بالمعايير الموضوعة لحماية البيئة بحيث إذا تبين وجود أية مخالفات يقوم الجهاز بإخطار الجهة الإدارية المختصة لتكليف صاحب المنشأة بتصحيح هذه المخالفات على وجه السرعة، فإذا لم يقم بذلك خلال ستين يوما يكون للجهاز بالاتفاق مع الجهة الإدارية المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية والقضائية اللازمة لوقف النشاط المخالف، والمطالبة بالتعويضات المناسبة لمعالجة الأضرار الناشئة عن هذه المخالفات.

ويبدو من صياغة المادة ٢٢ سالفة الذكر رغبة المشرع فى منح أصحاب المنشآت الخاضعة لأحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية -فيما عدا المنشآت الصناعية التى يصرح لها بتصريف مخلفاتها المعالجة- فرصة لتصحيح الأفعال المخالفة التى يحددها لهم الموظفون المختصون بجهاز شئون البيئة، والذين يكون لهم طبقا لهذه المادة مراقبة كافة الأنشطة التى تقوم بها هذه المنشآت لتحديد مدى التزامها بالمعايير الموضوعة لحماية البيئة. وهذه المعايير متعددة ومتنوعة، فمنها ما يتعلق ببيئة العمل والبيئة الداخلية وما يتعلق بذلك من معايير خاصة بالحرارة أو

---

(١) راجع ما سبق بند ٢٢.

الضوضاء أو الغازات التى يمكن أن يتعرض لها العاملون، وأيضا معايير واشتراطات خاصة بتداول المواد الكيمائية والنفايات الخطرة والمنزلية، وأيضا ما يتعلق بحماية التربة والهواء الخارجي والبيئة المائية والساحلية والحياة الفطرية.

وبسبب تعدد هذه المعايير وتنوعها واحتمال أن تلتزم المنشأة الصناعية الواحدة بمجموعة من هذه المعايير مما قد يصعب عليها تطبيقها،يصبح نظام التصحيح ومنح مهلة لمعالجة المخالفات أمرا ضروريا من ناحيتين : أولهما ضمان توافق نشاط المنشأة والمعايير الموضوعة لحماية البيئة، مما يكون له أثره الإيجابي على صحة العاملين بها أو المتأثرين بنشاطها بصفة عامة. وثانيهما تشجيع أصحاب الشأن على مراعاة أحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية من خلال إعطائهم الفرصة لتصحيح مخالفاتهم، وبالتالي تقوية روح التعاون بين أصحاب الشأن والموظفين المختصين بتطبيق أحكام القانون ولائحته.

ثانيا: الاستثناء الخاص بتصحيح مخالفات المنشآت الصناعية المصرح لها بتصريف مخلفاتها المعالجة فى البيئة المائية

الأصل كما عرضنا له آنفا يتمثل فى منح كافة المنشآت الخاضعة لقانون البيئة لمهلة مدتها ستون يوما لتصحيح مخالفاتها للمعايير الموضوعة لحماية البيئة، وقد استثنى المشرع المصرى من هذا الأصل المنشآت الصناعية المصرح لها لتصحيح مخالفتها، إذ لم يمنحها إلا مدة قدرها شهر لمعالجة مخلفاتها التى تصرفها فى البيئة المائية إذ ثبت مخالفتها للمعايير الموضوعة لحماية البيئة المنصوص عليها باللائحة التنفيذية. إذ تحيل المادة ٧١ من قانون البيئة على اللائحة التنفيذية لهذا القانون لتحديد المواصفات والمعايير التى تلتزم بها المنشآت الصناعية

التى يصرح بها بتصريف المواد الملوثة القابلة للتحلل وذلك بعد معالجتها، وكذلك لتحديد الجهة الإدارية المختصة بإجراء تحليل دورى فى معاملها لعينات المخلفات السائلة المعالجة، وإخطار الجهات المختصة بنتيجة التحليل. ويمنح صاحب الشأن فى حالة المخالفة مهلة مدتها شهر واحد لمعالجة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة. فإذا لم تتم المعالجة خلال هذه المهلة أو ثبت من التحليل خلالها أن استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة المائية ، يوقف التصريف بالطريق الإداري، ويسحب الترخيص الصادر للمنشأة،وذلك دون الإخلال بالعقوبات الواردة بهذا القانون. كما أحالت المادة ٧١ سالفة الذكر على اللائحة التنفيذية لتحديد المواد الملوثة غير القابلة للتحلل والتى يحظر على المنشآت الصناعية تصريفها فى البيئة المائية.

وقد حددت المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المواصفات والمعايير الخاصة بتصريف المنشآت الصناعية للمواد الملوثة القابلة للتحلل فى البيئة المائية والشواطئ المتاخمة وذلك بالمحلق رقم (١) من هذه اللائحة كما اختصت هذه المادة معامل وزارة الصحة لإجراء التحليل الدوري فى معاملها لعينات المخلفات السائلة المعالجة، وإخطار الجهات الإدارية المختصة بنتيجة التحليل . كما حددت هذه المادة أيضا المواد الملوثة غير القابلة للتحلل التى يحظر على المنشآت الصناعية تصريفها فى البيئة المائية وذلك بالملحق رقم (١٠) .

وترد على كل من المادتين ٧١ من قانون البيئة و ٥٨ من لائحته التنفيذية سالفتي الذكر ملاحظتان تؤكد الطبيعة الاستثنائية بشأن تصريف المنشآت الصناعية لمواد ملوثة قابلة للتحلل ومعالجة فى البيئة المائية وهما:-

الملاحظة الأولى:

٤٩-إنه لا يطبق نظام توفيق الأوضاع طبقا لقانون البيئة[١] على المنشآت الصناعية التى يصرح لها بتصريف مخلفاتها فى نهر النيل والمجاري المائية، وذلك على النحو الذى عرضنا له آنفا[٢] ، وهذا خلافا للمنشآت الصناعية الأخرى التى يطبق عليها نظام توفيق الأوضاع وتمنح بالتالي مهلة قدرها ثلاث سنوات يمكن مدها لمدة سنتين بقرار من مجلس الوزراء وذلك من أجل توفيق أوضاعها حتى يمكنها تطبيق متطلبات قانون البيئة ولائحته التنفيذية .

وعلى الرغم من حرمان المنشآت التى يصرح لها بصرف مخلفاتها فى نهر النيل أو مجاري المياه من نظام توفيق الأوضاع إلا أن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ فى شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث[٣]قد منحها مهلة (ثلاثة أشهر) تزيد أصلا عن تلك المهلة التى تمنحها المادة ٧١ من قانون البيئة المشار إليها سابقا وهى مدة شهر وذلك لمعالجة مخلفاتها التى ثبت مخالفتها للمواصفات والمعايير المحددة. وهذا قد يبدو أمرا مستغربا ، إذ أن صاحب الشأن يمنح فى هذه الحالة الأخيرة مهلة أقل من تلك التى يمنحها قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث على الرغم من تعاظم خطورة مخلفات المنشآت الصناعية التى

---

(١) يلاحظ أنه قد سبق وأن منحت المادة٤/فقرة أخيرة من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث المنشآت القائمة وقت صدور هذا القانون مهلة عام من تاريخ العمل به لتدبير وسيلة لمعالجة مخلفاتها وإلا سحب الترخيص الممنوح لها، ولوزارة الرى فى هذه الحالة اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري ودون الإخلال بالعقوبات الواردة فى هذا القانون.

(٢) راجع ما سبق بند ٤٤.

(٣) الجريدة الرسمية فى ٢٦ يونية ١٩٨٢- العدد ٢٥ (مكررا) .

يسمح بتصريفها فى نهر النيل والمجاري المائية عن خطورة تلك المخلفات التى يسمح بتصريفها فى مياه البحر .

فإن كان الأصل طبقا للمادة الثانية من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث هو حظر صرف أو إلقاء المخلفات الصلبة أو السائلة أو الغازية من العقارات والمحال والمنشآت التجارية والصناعية والسياحية ومن عمليات الصرف الصحي وغيرها من مجارى المياه[١] على كامل أطوالها ومسطحاتها ، إلا أنه يجوز بعد الحصول على ترخيص من وزارة الرى فى الحالات ووفقا لضوابط ومعايير محددة. كما أنه لا يجوز طبقا للمادة الرابعة من نفس القانون المذكور التصريح بإقامة منشآت ينتج عنها مخلفات تصرف فى مجارى المياه. ومع ذلك يجوز لوزارة الرى دون غيرها- عند الضرورة وتحقيقا للصالح العام- التصريح بإقامة هذه المنشآت إذا التزمت الجهة المستخدمة لها بتوفير وحدات لمعالجة هذه المخلفات بما يحقق المواصفات والمعايير المحددة وفقا لأحكام هذا القانون ، على أن يبدأ تشغيل وحدات المعالجة فور بدء الاستفادة بالمنشآت.

---

(١) وطبقا للمادة الأولى من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث تعتبر من مجاري المياه فى تطبيق أحكام هذا القانون:

أ-مسطحات المياه العذبة وتشمل :

١-نهر النيل وفرعيه والأخوار.

٢-الرياحات والترع بجميع درجاتها والجنابيات .

ب-مسطحات المياه غير العذبة وتشمل :

١-المصارف بجميع درجاتها.

٢-البحيرات.

٣-البرك والمسطحات المائية المغلقة والسياحات.

ج-خزانات المياه الجوفية.

وتجرى وزارة الصحة طبقا للمادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة والمادة (٣) من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية فى معاملها تحليلا دوريا لعينات من المخلفات السائلة المعالجة من المنشآت المصرح لها بالصرف فى مجاري المياه ثم تخطر وزارة الرى وصاحب الشأن بنتيجة التحليل .

ويترتب على نتيجة هذا التحليل أحد فرضين، أولهما يتضمن اختلافا للوضع بين قانون البيئة وقانون حماية نهر النيل والمجاري المائية، وثانيهما يتشابه فيه الوضع فى هذين القانونين. ويتمثل هذان الفرضان فيما يلي :

الفرض الأول : إذا كانت نتيجة التحليل غير مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة قانونا .

٥٠-يمنح فى هذه الحالة صاحب الشأن – طبقا للمادة ٧١ من قانون البيئة– مهلة مدتها شهر واحد لمعالجة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة. ويلاحظ أن هذا النص لا يطبق إلا على المنشآت الصناعية الخاضعة لهذا القانون والمصرح لها فقط بتصريف مخلفاتها المعالجة فى البيئة المائية، والتى لا تشمل المنشآت الصناعية المصرح لها بصرف مخلفاتها فى نهر النيل أو مجاري المياه حيث تخضع هذه المنشآت للأحكام الواردة فى قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث، وهذا ما أكدته المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن البيئة عندما قضت بأن يعمل بأحكام هذا القانون.. وبما لا يخل بتطبيق أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ فى شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث.

وما يؤكد هذا أن المواصفات والمعايير الخاصة بالمخلفات الصناعية السائلة المعالجة المصرح بصرفها فى نهر النيل والمجاري المائية والمحددة بالمادة ٦١ من اللائحة التنفيذية[١] لقانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث المشار إليه آنفا تعد أكثر صرامة من تلك المواصفات والمعايير الخاصة بالمخلفات الصناعية السائلة المعالجة المصرح بصرفها فى البيئة البحرية[٢] والواردة فى الملحق رقم(١) من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة .

ومن هنا يبدو واضحا وجه الغرابة الذى أشرنا له آنفا، إذ إنه فى حالة عدم مطابقة المخلفات السائلة المصرح بصرفها فى نهر النيل أو المجاري المائية للمعايير والمواصفات المحددة يمنح صاحب الشأن مهلة قدرها ثلاثة شهور هذا على الرغم من منح صاحب الشأن مهلة قدرها شهر فى حالة عدم مطابقة المخلفات السائلة المصرح بصرفها فى مياه البحر للمعايير والمواصفات المحددة فى قانون البيئة. وهنا لابد من تدخل تشريعي يجعل المهلة الممنوحة لصاحب الشأن لمعالجة المخلفات السائلة التى تصرف فى نهر النيل أو المجاري المائية تتساوى على الأقل مع تلك الممنوحة لصاحب الشأن لمعالجة المخلفات السائلة التى تصرف فى مياه البحر. إذ لا يغيب عن أحد مدى أهمية الحد من تلوث مياه نهر النيل الذى يعد المصدر الأساسى لمياه الشرب. ولا يجب أن يشفع للرد على هذا المطلب القول بأنه لا تمنح مهلة الثلاثة أشهر لمعالجة المخلفات التى

---

(١) الوقائع المصرية العدد ٣١ فى ١٩٨٣/٢/٥ .

(٢) ويلاحظ أن المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة تتكلم عن التصريف فى البيئة المائية وهى مصطلح أشمل وأعم من البيئة البحرية التى وردت بالملحق رقم (١) وإن كان المصطلح الأخير أدق على أساس أن قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية اهتم بكل ما يتعلق بالتصريف فى البيئة المائية (حتى البحيرات) فيما عدا ما يتعلق بالصرف فى البحر.

تصرف فى نهر النيل والمجارى المائية إلا إذا كانت مخالفتها للمعايير والمواصفات المحددة لا تمثل خطورة فورية، [1]إذ إن مجرد مخالفة المعايير والمواصفات المحددة من قبل وزارة الصحة يعني أن صرف المخلفات السائلة المخالفة لهذه المعايير والمواصفات يمثل خطرا على صحة الإنسان والنبات والحيوان حتى ولو لم يتحقق ضرره مباشرة، ولكن يبقى خطره قائما. هذا فضلا على أنه لم يحدد لنا القانون أو لائحته التنفيذية متى تمثل مخالفة المخلفات المصرح بها للمعايير والمواصفات المحددة خطورة فورية ، وهذا أمر من الخطورة بمكان بحيث يجب ألا يترك لسلطة تقديرية.

٥١-**الفرض الثاني** : يتعلق بالحالة التى لا تتم فيها معالجة المخلفات السائلة خلال المهلة الممنوحة، أو ثبت من التحليل خلالها أن استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار بالبيئة المائية. ففى هذه الحالة يتشابه الوضع فى كل من قانون البيئة وقانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث، إذ إنه إذا لم تتم معالجة المخلفات الصناعية السائلة المصرح بصرفها فى مياه البحر فى خلال شهر أو تلك المخلفات المصرح بصرفها فى نهر النيل أو المجاري المائية فى خلال ثلاثة أشهر، أو ثبت من التحليل خلال هاتين المهلتين أن استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار بالبيئة المائية، فإنه فى هاتين الحالتين يوقف التصريف بالطريق الإداري ويسحب الترخيص الصادر للمنشأة، وذلك طبقا لما

---

(١) إذ إن المادة الثالثة من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث تقضى فى فقرتها الأخيرة بأنه " إذا تبين من نتيجة تحليل العينات أنها تخالف المواصفات والمعايير المحددة وفقا لأحكام هذا القانون وبصورة تمثل خطرا فوريا على تلوث مجاري المياه، فيخطر صاحب الشأن بإزالة مسببات الضرر فورا وإلا قامت وزارة الري بذلك على نفقته، أو قامت بسحب الترخيص الممنوح له ووقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري " .

تقضى به كل من المادة ٧١ من قانون البيئة و ٣ / ٤ من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث .

الملاحظة الثانية : مدى الإلتزام بمنح مهلة لصاحب الشأن لتصحيح مخالفاته.

٥٢-تدور هذه الملاحظة أساسا حول تساؤل يتعلق بمدى سلطة الجهة المختصة فى منحها مهلة لصاحب الشأن لتصحيح مخالفاته، أو بمعنى آخر هل تعد هذه الجهة المختصة ملزمة فى جميع الأحوال بمنح مهلة للمخالف لتصحيح مخالفاته إذا اتضح عدم التزامه بالمعايير الموضوعة المحددة لحماية البيئة، أم إنه يجوز لها أن ترفض أن تمنحه هذه المهلة، وبالتالي تتخذ قبله مباشرة الإجراءات القانونية اللازمة؟

تؤكد الإجابة على هذا التساؤل الطبيعة الاستثنائية فيما يتعلق بتصريف المنشآت الصناعية مخلفاتها السائلة المعالجة فى البيئة المائية، وبالتالي تميزها بأحكام خاصة عن القاعدة العامة فى تصحيح المخالفات غير المطابقة للمعايير الموضوعة لحماية البيئة. ويمكن أن نعرض للإجابة على هذا التساؤل من ناحيتين على النحو التالي : -

الناحية الأولى:

٥٣- تتعلق بقصد المشرع الواضح بإلزام الجهات الإدارية المختصة فى منح المخالف مهلة طبقا للمادة ٢٢ من قانون البيئة الخاصة بالقاعدة العامة بشأن تصحيح مخالفات المعايير الموضوعة لحماية البيئة . إذ تقضى هذه المادة بأنه " فإذا تبين وجود أية مخالفات يقوم الجهاز بإخطار الجهة الإدارية المختصة لتكليف صاحب المنشأة بتصحيح هذه المخالفات على وجه السرعة، فإذا لم يقم بذلك خلال ستين يوما يكون للجهاز بالاتفاق مع الجهة الإدارية المختصة إتخاذ الإجراءات القانونية.."

وبالتالي فإنه إذا تبين لموظفي جهاز شئون البيئة المختصين ممن لهم صفة الضبطية القضائية طبقا للمادة ١٠٢ من قانون البيئة وجود مخالفات للمعايير الموضوعة لحماية البيئة بسبب ما تمارسه المنشأة من أنشطة إنتاجية أو غيرها، فإنه يجب على هؤلاء إخطار جهاز شئون البيئة طبقا للمادة ١٠٤ من قانون البيئة حتى يتسنى لهذا الجهاز إتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة. وتتمثل تلك الإجراءات طبقا للمادة ٢٢ من قانون البيئة سالفة الذكر فى التزام جهاز شئون البيئة بإخطار الجهة الإدارية المختصة والتى تلتزم بدورها بتكليف صاحب الشأن بتصحيح مخالفاته.

وقد أكدت على هذا الالتزام المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة عندما تطلبت قيام جهاز شئون البيئة بإخطار الجهة الإدارية المختصة لتكليف صاحب الشأن المنشأة بخطاب مسجل بعلم الوصول بتصحيح مخالفاته على وجه السرعة بحسب ما تقتضيه أصول الصناعة. ويقصد بهذا الخطاب حساب بداية مدة الستين يوما التى يلتزم خلالها المخالف بتصحيح مخالفاته.

أما بالنسبة للمنشآت الصناعية المصرح لها بصرف مخلفاتها السائلة المعالجة فى البيئة المائية ومنحها مهلة قدرها شهر لمعالجة مخلفاتها إذا تبين عدم مطابقتها للمعايير المحددة . فالأمر هنا ليس بالوضوح الذى عليه بالنسبة للقاعدة العامة فى التصحيح سالفة الذكر فى شأن مدى التزام الجهة الإدارية المختصة بمنح المهلة المحددة لصاحب الشأن المخالفة .

ففى حين يبدو واضحا من نص المادة ٧١ من قانون البيئة التزام الجهة الإدارية المختصة بمنح المخالف المهلة المحددة وذلك عندما قضت بأنه ".. فى حالة المخالفة يمنح صاحب الشأن مهلة مدتها شهر واحد

لمعالجة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحـــددة... : إلا أن المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة استعملت ألفاظا وعبـارات يبدو منها أن للجهة الإدارية المختصة السلطة التقديرية فى منـــح المهلـــة المحددة، أو رفض ذلك الأمر، وبالتالي إتخاذ الإجراءات القانونية مباشرة، إذ تنص هذه المادة فى فقرتها الثالثة على أنه " وفى حالة عـــدم مطابقـــة نتيجة التحليل للمواصفات والمعايير المنصوص عليها فى الملحق رقم(١) يخطر جهاز شئون البيئة لاتخاذ الإجراءات الإدارية بالاشـــتراك مـــع الجهة الإدارية المختصة للنظر فى منح صاحب الشـــأن المرخـــص لـــه بممارسة نشاطه وفقا لأحكام هذه اللائحة مهلة مدتها شهر واحد لمعالجـــة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة" .

وهكذا فقد أتت اللائحة التنفيذية بحكم جديد يختلف عما يقضى بـــه قانون البيئة ، لأنه معنى أن تنظر الجهة المختصة فى منح صاحب الشأن مهلة أنها مخيرة فى أن تمنحه هذه المهلة أو ترفض ذلك، وبالتالي فإنـــها إذا رفضت منحه تلك المهلة بناء على نص فى اللائحـــة التنفيذيـــة عـــد قراراها غير مشروع لأنه يخالف القانون الذى أوجب عليها منـــح مهلـــة لصاحب الشأن المخالف. ولهذا فالأمر يقتضى تعديل نص المادة ٥٨ مـــن اللائحة التنفيذية حتى يتمشى وأحكام المادة ٧١ من قانون البيئة. ومع ذلك فإنه إذا استوجب على الإدارة منح مهلة لمعالجة المخلفات إلا أنها لا تلتزم بهذه المدة ، إذ يمكنها أن تتخذ الإجراءات اللازمة قبل انقضاء هذه المهلة إذا تثبت خلالها أن استمرار الصرف من شأنه إلحـــاق الضـــرر بالبيئـــة المائية وذلك على النحو الذى سنعرض له فيما يلي .

الناحية الثانية :

٥٤–تتعلق هذه الناحية بإحدى نقاط الاختلاف بين القاعدة العامة فى

تصحيح المخالفات غير المطابقة للمواصفات والمعايير المحددة طبقا للمادة ٢٢ من قانون البيئة، والاستثناء الوارد على هذه القاعدة المتعلق بتصحيح (معالجة) المخالفات المتعلقة بتصريف المخلفات السائلة المعالجة غير المطابقة للمواصفات والمعايير المحددة فى البيئة المائية طبقا للمادة ٧١ من قانون البيئة المشار إليها سابقا.

إذ إنه فى الحالة الأولى المتعلقة بالقاعدة العامة فإنه يمنح صاحب الشأن المخالف مهلة قدرها ستون يوما لتصحيح مخالفاته، وطبقا للمادة ٢٢ من قانون البيئة فإنه يجب أن تنتظر الإدارة فى كل الأحوال انقضاء هذه المهلة كاملة حتى يمكنها أن تتدخل وتتخذ الإجراءات القانونية قبل صاحب الشأن المخالف إذا استمرت المنشأة تمارس نشاطها على نحو يخالف المواصفات والمعايير الموضوعة لحماية البيئة. وهذا هو ما يبدو واضحا من خلال هذه المادة والتى تقضى بأنه " ... فإذا لم يقم بذلك (التصحيح) خلال ستين يوما يكون للجهاز بالاتفاق مع الجهة الإدارية المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية والقضائية اللازمة لوقف النشاط المخالف والمطالبة بالتعويضات المناسبة لمعالجة الأضرار الناشئة عن هذه المخالفات" .

أما بالنسبة للحالة الثانية المتعلقة بالاستثناء الخاص بتصريف المخلفات السائلة المعالجة للمنشآت الصناعية المصرح لها بذلك طبقا للمادة٧١ من قانون البيئة،فالأمر هنا يختلف عن الوضع فى الحالة الأولى لأنه لا تلتزم الإدارة هنا بانتظار انقضاء المهلة المحددة وقدرها شهر واحد حتى تتدخل وتتخذ الإجراءات القانونية اللازمة وإنما يمكنها ذلك طبقا للمادة ٧١ من قانون البيئة والتى تقضى بأنه ".. فإذا لم تتم المعالجة خلال المهلة المشار إليها (شهر واحد) أو ثبت من التحليل خلالها إن

استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة المائية، يوقف التصريف بالطريق الإدارى ويسحب الترخيص الصادر للمنشأة.."

ويبدو لنا أن هذا التباين بين الحالتين غير مبرر، إذ يلزم أن يتم توحيد الإجراء فى هاتين الحالتين على نحو يسمح للجهة الإدارية المختصة أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة أثناء المهلة التى تمنحها لصاحب الشأن لتصحيح مخالفاته كما هو الوضع فى الحالة الثانية المتعلقة بتصحيح مخالفات الصرف فى البيئة المائية التى يكون للجهة المختصة أن تتدخل خلال المهلة الممنوحة، ودون أن تلتزم بالانتظار حتى تنتهى المهلة كما هو الحال فى الحالة الأولى المتعلقة بتصحيح المخالفات غير المطابقة للمعايير الموضوعة لحماية البيئة . إذ أن الأخطار التى تتعرض لها بيئة العمل أو البيئة الداخلية أو الهواء الخارجي أو التربة ليست أقل شأناً من تلك الأخطار التى تتعرض لها البيئة المائية.

كما تجدر الإشارة فى هذا المجال إلى أهمية تبني الاقتراح السابق فى نطاق قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية، إذ تلتزم الإدارة أيضا بالمهلة التى تمنحها فلا تستطيع التدخل إلا بعد انقضائها ، حيث تقضى المادة ٣ / ٤ من هذا القانون بأنه " إذا لم تتم المعالجة عند انتهاء مهلة الثلاثة الأشهر أو ثبت عدم صلاحيتها قامت وزارة الرى بسحب الترخيص الممنوح لصاحب الشأن ووقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري" وخاصة أن الأمر قد يمتد لأكثر من هذه المهلة حيث تقوم وزارة الرى طبقاً للمادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون بإخطار وزارة الصحة لتتولى أخذ عينة جديدة فى اليوم التالي لانتهاء الثلاثة أشهر لتحليلها وإخطار وزارة الرى بنتيجة التحليل والرأى النهائي لوزارة الصحة بشأنها. وهنا يلزم على الأقل أن يكون لوزارة الرى المختصة

بمنح المهلة لتصحيح مخالفات المنشآت الصناعية المصرح لها بالصرف فى نهر النيل أو المجاري أن تتدخل لاتخاذ ما يلزم خلال هذه المهلة بحيث لا تلتزم بانتظار انقضاء هذه المهلة، ولهذا يكون لها نفس سلطة الجهة الإدارية المختصة بحماية مياه البحر من التلوث من المخلفات السائلة المعالجة المخالفة للمعايير المحددة، إذ أنه كما سبق القول فمياه نهر النيل ليست أقل شأناً من مياه البحر من حيث تأثيرها على الإنسان والحيوان والنبات.

الفرع الثالث

الأثر القانوني لتصحيح مخالفات المعايير الموضوعة للبيئة

يعد تصحيح أو معالجة ما يترتب عليه من آثار خطرة أو ضارة فى مجال التشريعات البيئية مطلباً ضرورياً طالما أمكن تحقيق ذلك. وهذا ما يحرص عليه المشرعون فى هذا المجال، واستعملوا فى ذلك ألفاظاً عدة تمثلت سواء فى تصحيح أو معالجة أو إزالة أو رد الشئ إلى أصله... إلى أخر هذه الألفاظ التى يقصد منها الحفاظ على البيئة سليمة ونظيفة .

ولكن يبقى التساؤل المطروح فى هذا المجال يدور حول الأثر القانوني لمثل تلك الأمور التى يكلف بها صاحب الشأن المخالف من ناحية مدى خضوعه للجزاءات الجنائية المقررة، وخاصة إذا نفذ ما كلف به من قبل الجهات المختصة من تصحيح أو معالجة لمخالفاته للمعايير المحددة للبيئة.

بداية لا يمكن إنكار أن مجرد مخالفة المعايير المحددة لحماية البيئة والمعاقب عليها فى قانون البيئة تعد جريمة قبل صاحب الشأن المخالف حتى ولو استطاع مستقبلا تصحيح أو معالجة مخالفاته. ولكن باعتبار

جرائم تلويث البيئة من الجرائم التنظيمية التى قد لا يعلم بها الكثير، وحتى من يعلم بها يستهين بها، وقد يقدم على اقترافها دونما أن يشعر بأن سلوكه هذا مناف للأخلاق أو الدين، كل هذا يقتضى معاملة تشـــريعية خاصـــة يستهدف بها المشرع انتظام المصلحة العامة محل الحماية الجنائية بقـــدر يزيد عن رغبته فى عقاب من يمسها.

وبالفعل ضمن المشرع المصرى فى قانون البيئة فكرتي تصحيـــح ومعالجة مخالفات أحكام هذا القانون. ومع ذلك يبقى أمر خضوع المخالف الذى قام بالتصحيح محلاً للتساؤل ، مما يقتضى أن تعرض فيمـــا يلـــي لكل من الأثر القانوني للقاعدة العامة لتصحيح مخالفات المعايير المحـــددة لحماية البيئة الواردة فى المادة ٢٢ من قانون البيئة، والاستثناء المتعلـــق بمعالجة المخلفات السائلة للمنشآت الصناعية التى يصرح لها بـــالصرف فى البيئة المائية طبقاً للمادة ٧١ من نفس القانون.

أولاً: الأثر القانوني لتصحيح مخالفات المعايير المحددة لحمايـــة البيئـــة طبقاً للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٢ من قانون البيئة :

٥٦-تسمح المادة ٢٢ من قانون البيئة- وعلى النحو الذى عرضـت له سلفاً فى أكثر من موضع- لصاحب الشأن المخالف بتصحيح مخالفاتـــه الناشئة عن عدم التزامه بالمعايير الموضوعة لحماية البيئة. ويكشف نص هذه المادة عن رغبة المشرع فى الاكتفاء بتصحيح المخالف لكافة مخالفاته دون حاجة إلى خضوعه لإجراءات أخرى تنتهى بتوقيع العقاب عليـــه. إذ تقضى هذه المادة بأنه ".. إذا تبين وجود أية مخالفات يقوم الجهاز (جـهاز شئون البيئة) بإخطار الجهة الإدارية المختصة لتكليف صـــاحب المنشـــأة بتصحيح هذه المخالفات على وجه السرعة، فإذا لم يتم ذلك خلال ســـتين يوماً يكون للجهاز بالاتفاق مـــع الجهـــة الإداريـــة المختصـــة اتخـــاذ

الإجراءات القانونية والقضائية اللازمة لوقف النشاط المخالف والمطالبة بالتعويضات المناسبة لمعالجة الأضرار الناشئة عن هذه المخالفات".

وقد يؤكد توقف الإجراءات قبل صاحب الشأن المخالف الذى يلتزم بتصحيح مخالفاته على النحو السابق إنه لم يرد فى نص المادة ٢٢ سالفة الذكر عبارة " وذلك دون الإخلال بالعقوبات الواردة بهذا القانون" والتى وردت فى المادة ٧١ من قانون البيئة فيما يتعلق بمعالجة مخلفات المنشآت على النحو الذى سأعرض له فيما يلى :

ثانيا: الأثر القانوني لتصحيح أو معالجة المخلفات السائلة للمنشآت الصناعية

٥٧-تناولت بيان هذا الأثر - وعلى نحو غير واضح - المادة ٧١ م قانون البيئة التى عرضنا لها آنفا، والمتعلقة بالمنشآت الصناعية التى يصرح لها بتصريف مخلفاتها السائلة المعالجة فى البيئة المائية. إذ تقضى هذه المادة بأنه ".. فى حالة المخالفة يمنح صاحب الشأن مهلة مدتها شهر واحد لمعالجة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة. فإذا لم تتم المعالجة خلال المهلة المشار إليها أو ثبت من التحليل خلالها إن استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة المائية، يوقف التصريف بالطريق الإداري ويسحب الترخيص الصادر للمنشأة وذلك دون الإخلال بالعقوبات الواردة بهذا القانون" .

ويمكن القول بأن مجرد قيام صاحب الشأن المخالف بتصحيح مخالفاته وذلك بمعالجة المخلفات السائلة على نحو يتمشى والمواصفات والمعايير الموضوعة يأخذ حكم القاعدة العامة فى تصحيح مخالفات أحكام قانون البيئة المشار إليها آنفا بحيث تتوقف الجهة الإدارية المختصة عن اتخاذ أى إجراء يمكن أن يؤدي فى النهاية لخضوع صاحب الشأن الذى

التزم بالتصحيح للعقاب، ويمكن التدليل على ذلك من خلال الفكرتين التاليتين :

٥٨-**الأولى**: إنه يبدو من نص المادة ٧١ سالفة الذكر أن عبارة "وذلك دون الإخلال بالعقوبات الواردة بهذا القانون " تنسحب فقط على الحالة التى لا يلتزم فيها صاحب الشأن المخالف بمعالجة مخلفات منشأته فى خلال المهلة التى منحت له، أو ثبت من التحليل خلالها مدى جسامة الأضرار التى ستلحق بالبيئة المائية إن استمر صرف هذه المخلفات. كما يلاحظ أيضا أن المشرع لم يقرر لمخالفة المادة ٧١ المشار إليها أية عقوبة بشكل مباشر، وعلى النحو الذى اتبعه فى تقرير العقوبات المختلفة لمخالفة أحكام قانون البيئة ، ومع ذلك فالعقوبة المقررة لمخالفة المادة ٧١ المشار إليها يمكن أن نجدها فى المادة ٨٧ من قانون البيئة، والتى تعلقب على مخالفة حكم المادة ٦٩ من نفس القانون التى تحظر على جميع المنشآت بما فى ذلك المحال العامة والمنشآت التجارية والصناعية والسياحية والخدمية تصريف أو إلقاء أية مواد أو نفايات أو سوائل غير معالجة من شأنها إحداث تلوث فى الشواطئ المصرية أو المياه المتاخمة لها، سواء تم ذلك بطريقة إرادية أو غير إرادية، مباشرة أو غير مباشرة، ويعتبر كل يوم من استمرار التصريف المحظور مخالفة منفصلة .

الثانية:تعتمد على ما يمكن استنتاجه من قانون حماية نهر النيل والمجارى المائية، والذى أكد قانون البيئة على عدم الإخلال بأحكامه فى أكثر من موضع . إذ إن هذا القانون لم يقرر جزاء إلا فى حالة عدم إلتزام صاحب الشأن المخالف بتصحيح مخالفاته ومعالجة مخلفات منشأته المصرح له بتصريفها فى نهر النيل والمجارى المائية ، حيث تميز المادة الثالثة من هذا القانون بين حالتين تتعلقان بتصريف المنشأة الصناعية

لمخلفات سائلة غير مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة وذلك من حيث مدى خطورتها الفورية على تلوث مجارى المياه وهما:

١-إذا تبين من نتيجة تحليل هذه المخلفات غير المطابقة للمواصفات والمعايير المحددة أن تصريفها فى مجاري المياه لا يمثل خطورة فورية ، يمنح هنا صاحب الشأن المخالف مهلة ثلاثة أشهر يجب عليه خلالها أن يتخذ وسيلة لعلاج هذه المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة . فإذا لم تتم المعالجة عند انتهاء مهلة الثلاثة أشهر أو ثبت عدم صلاحيتها قامت وزارة الرى بسحب الترخيص الممنوح لصاحب الشأن ووقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري. وبداية يفهم من هذا أن المخالف لا يتعرض لهذه الجزاءات الإدارية إلا إذا لم يقم بالمعالجة أو التصحيح. وبمفهوم المخالفة لا يخضع لهذه الجزاءات إذا قام بواجبه بمعالجة المخلفات.

٢-أما إذا تبين من نتيجة تحليل العينات أنها تخالف المواصفات والمعايير المحددة وبصورة تمثل حظرا فوريا على تلوث مجارى المياه، فيخطر صاحب الشأن بإزالة مسببات الضرر فورا،وإلا قامت وزارة الرى بذلك على نفقته الخاصة، أو قامت بسحب الترخيص الممنوح له ووقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري .

وفى هذه الحالة الثانية التى يمثل فيها تصريف المخلفات سائلة خطرا فوريا على تلوث مجاري المياه، يخضع صاحب الشأن المخالف لتلك الجزاءات الإدارية، وكذلك يخضع أيضا لجزاءات جنائية قررتها المادة ١٦ من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية المشار إليه حيث تعاقب هذه المادة على مخالفة بعض مواد هذا القانون من ضمنها المادة ٣/فقرة أخيرة، وهى تلك التى تتعلق بالحالة الثانية فقط المشار إليها مما

يعني أنه فى الحالة الأولى حيث لا يمثل التصريف خطورة فورية علـــى الرغم من مخالفة المخلفات السائلة للمعايير والمواصفات المقررة إلا أنــه يمنح صاحب الشأن مهلة لتصحيحها ، فإذا قام بذلك لا يتعرض لأى جزاء سواء أكان إداريا أو جنائيا أما إذا لم يقم بذلك خلال المهلة المحددة خضع فقط لجزء إداري على النحو السابق ذكره.

وهذا يعني فى النهاية إن تصحيح أو معالجة مخالفات أحكام قــانون البيئة يجعل الجهة الإدارية المختصة تتوقف عن اتخاذ أى إجراء قد يؤدي لخضوع صاحب الشأن لأى جزاء جنائي.

وقد يتمشى هذا مع القول بأنه لا يلزم أن يكون الجـــزاء الجنــائي المقرر للجرائم الماسة بالبيئة غاية فى حد ذاته، ولكنه وســـيلة لحمايتـــها وإصلاحها لما يترتب على المساس بها من ضرر سواء أكان مباشـــرا أو غير مباشر[١].

وهذا يدعو فى النهاية للمطالبة بتعليق تحريك الدعوى الجنائية بشأن جرائم تلويث البيئة على طلب تقدمه الجهة الإدارية المختصـــة، وليكــن جهاز شئون البيئة، والذى يقدر وقتها مدى دور صاحب الشأن المخـــالف فى تصحيح أو معالجة مخالفاته، لأن بقاء الأمر هكــذا لا يمنــع النيابــة العامة من تحريك الدعوى الجنائية قبل صاحب الشأن المخالف حتى ولــو قام بما كلفته به الجهة الإداريـــة المختصـــة مـــن تصحيـــح أو معالجـــة لمخالفاته، إذ إن مجرد مخالفة المواصفات أو المعايير المقـــررة بقــانون البيئة يكون جريمة جنائية طبقا لهذا القانون، ويكون للنيابة العامة بالتــالي

---

(١)الدكتور / احمد عبد الوهاب عبد الجواد، التشريعات البيئية ، الدار العربية للنشـــر والتوزيع ، القاهرة،ص ٤٦٥.

تحريك الدعوى الجنائية بشأنها إذا رأت ملاءمة ذلك،ودون أن يتوقف ذلك على طلب من أى جهة إدارية .

المطلب الثاني

الصلح فى قانون البيئة الكويتي

٦٠-أخذ المشرع الكويتي على خلاف قانون البيئة المصرى بنظام الصلح [1]بشأن الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكامه ، إذ تقضى المادة ١٤ من هذا القانون بأنه " للمدير العام أو من يفوضه قبول الصلح فى "المخالفات" المنصوص عليها فى هذا القانون واللوائح والقرارات المنفذة له بعد مواجهة المخالف بمخالفته، وإثبات الصلح فى محضر، وعلى المخالف الذى يرغب فى الصلح أن يدفع خلال أسبوع من تاريخ طلبه الصلح المبلغ الذى تحدده لائحة الصلح، وتنقضى الدعوى الجزائية وجميع

---

(١) وقد اتبع المشرع الفرنسي نظام الصلح بشأن بعض الجرائم البيئية، إذ تنقضى الدعوى الجنائية بالصلح فى حالة تلوث مجرى المياه (المادة L.232-2 من القانون الزراعي) وفى حالة مخالفة قواعد الصيد طبقا للمادة L.258-1 من القانون الزراعي وكذلك فى مجال الغابات طبقا للمادتين L.153-2 و L.223-5 من قانون الغابات المعدل بالمرسوم رقم ٨٨-٣٤٨ الصادر فى ٧ أبريل ١٩٨٨.

ويمكن طلب الصلح سواء من الإدارة أو الجاني فى أى مرحلة تكون عليها الدعوى الجنائية، وذلك بعد تحديد غرامة تقل عن الغرامة الجنائية المقررة قانونا مع الالتزام بوقف الأعمال التى يكون من شأنها المساس بالبيئة وإصلاح الأضرار .

راجع بشأن ذلك:

Jean PRADEL , Procédure Pénal, 9ème éd . op. cit .. n° 185, p. 202 et 203 .

Michel PRIEUR . Droit de l'environnement. op.cit.. n 933, p.827.

آثارها بالصلح ودفع المبلغ المذكور، وللمدير العام أو من يفوضه أن يرفض طلب الصلح إذا رأى ما يبرر ذلك من سلوك المخالف أو تعدد أفعاله المخالفة لأحكام هذا القانون أو اللوائح أو القرارات المنفذة له، ولا يجوز قبول طب الصلح إلا بعد أن يقوم المخالف بإزالة مصادر التلوث أو الضرر على نفقته الخاصة".

ويمكن دراسة نظام الصلح فى قانون البيئة الكويتي، والذى لم يعمل به حتى يومنا هذا . إذ إنه على الرغم من مرور خمس سنوات على صدور هذا القانون لم تصدر بعد لائحته التنفيذية، وبالتالي لم تصدر أيضا لائحة الصلح الذى يجب من خلالها تحديد مبلغ الصلح. ومع ذلك فقد أوشكت الهيئة العامة للبيئة فى الكويت على الانتهاء من إعداد هذه اللوائح.

ومع ذلك فإن المادة ١٤ المشار إليها والخاصة بتحديد نظام الصلح فى قانون البيئة تضمنت بعض الأفكار التى يمكن تناولها بالدراسة، وتدور حول التساؤل بداية عن تفضيل المشرع الكويتي لوجود لائحة صلح تحدد مبلغ الصلح وعدم تركه تحديد هذا الأمر للائحة التنفيذية ، وما هى شروط الصلح وآثاره، ونعرض فيما يلى لهذه الأفكار.

أولا: مدى أهمية وجود لائحة صلح منفصلة عن اللائحة التنفيذية

٦١-أحال المشرع الكويتي صراحة بالمادة ١٤ المشار إليها على لائحة الصلح لتحديد مبلغ الصلح، ولم يترك تحديد هذا الأمر للائحة التنفيذية للقانون مما يدعو للبحث عن قصد المشرع من وراء ذلك. ويجب أن تنطلق بداية البحث عن ذلك من خلال تجاهل المشرع لتحديد الأسس التى يمكن بناء عليها تحديد مبلغ الصلح المطلوب، مما قد يعني أنه قصد من تخصيص لائحة للصلح منفصلة عن اللائحة التنفيذية أن تحدد تلك اللائحة

لكل جريمة على حده مبلغ الصلح الخاص بها،وما يتطلب ذلك من تفصيل يفضل بيانه بلائحة خاصة، وبالتالي قصر اللائحة التنفيذية للقانون على تحديد النظم والاشتراطات والمعايير والمواصفات اللازمة لحماية البيئة من التلوث.

القول بذلك قد يعدو تكليفا بمستحيل لأنه على الرغم من قلة عدد الجرائم التى ينص عليها قانون البيئة الكويتي إلا أن اللائحة التنفيذية لهذا القانون ستتضمن كثيرا من النظم والاشتراطات والمواصفات والمعايير الخاصة بحماية البيئة من التلوث بما يعني وجود فئات من الالتزامات التى سيلزم على أصحاب الشأن مراعاة أحكامها وإلا تعرضوا للجزاءات الجنائية المقررة كلها فى مادة وحيدة هى المادة ١٣ من قانون البيئة. وكون هذه الالتزامات متعددة ومختلفة فإنه سوف يسهل على القاضى استعمال سلطته التقديرية فى تقدير العقوبة المناسبة لمخالفة التزام ما، ولكن سيكون من الصعب تحديد مبلغ الصلح المناسب لكل التزام على حده.

ولهذا فإن تحديد مبلغ الصلح لم يكن فى حاجة للنص عليه فى لائحة خاصة للصلح، ولكن كان يكفى أن يرد كمادة مستقلة فى اللائحة التنفيذية لقانون البيئة. وخاصة إنه لن يكون أمام واضعى اللائحة التنفيذية إلا تحديد مبلغ الصلح بحيث يعادل الحد الأقصى لأشد عقوبة غرامة موجودة فى قانون البيئة على نحو يمكن الموظف المختص بقبول الصلح بتحديد المبلغ الذى يراه مناسبا للاشتراط أو الالتزام الذى أخل بحكمة المخالف.

وعليه يمكن تحديد مبلغ الصلح بحيث لا يزيد على عشرة آلاف دينار، وهو الحد الأقصى لأشد عقوبة غرامة، والمقرر بالمادة ١٣ من

قانون البيئة والتى تقضى بأنه " مع عدم الإخلال بأى عقوبة أشد ينص عليها قانون أخر يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات (أو)[١] بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف النظم والاشتراطات المنصوص عليها فى المادة الثامنة..."

ونظرا للسلطة التقديرية للموظف فى تحديد مبلغ الصلح فإنه يفضل ألا يمنح الاختصاص بقبول الصلح لكافة الموظفين الممنوحين الصفة القضائية لتطبيق أحكام قانون البيئة، وإنما يجب قصر هذا الاختصاص على بعض القيادات الإدارية، أو حتى عرض الأمر على لجنة ما، وقد أكدت على ذلك المادة ١٤ المشار إليها آنفا حيث تجيز للمدير العام أو من يفوضه قبول الصلح فى الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون.

ثانيا: شروط الصلح

٦٢-أوضحت المادة ١٤ من قانون البيئة الكويتي عن الشروط الواجب توافرها حتى يقبل الموظف أو الجهة المختصة الصلح مع صاحب الشأن المخالف ، ويمكن القول بأنه يلزم لقبول الصلح توافر ثلاثة شروط وهى :

١-أن يقوم المخالف بإزالة مصادر التلوث أو الضرر على نفقته الخاصة. وهناك تطبيقات عديدة لتحقيق هذا الشرط، وقد تتمثل فى وقف العمل بآلات أو أدوات أو معدات أدى استعمالها لتلوث البيئة بصفة عامة كما فى حالة الضوضاء أو الانبعاثات التى قد تصدر منها بالمخالفة للمعايير والاشتراطات المحددة . كما يمكن القول بأن دور المخالف فى

---

(١) صدر قانون البيئة و المادة ١٣ بها هذا الخطأ غير المقصود. إذ لا يتمشى استعمال المشرع " أو " من أجل أن يسمح للقاضى بالاختيار ما بين الحبس أو الغرامة ثم يردف ذلك بعبارة أو "بإحدى هاتين العقوبتين"

هذه الحالة قد يتمثل فى القيام بتصحيح أو معالجة مخالفاته علـــى النحـــو الذى عرضنا له فى نطاق القانون المصرى[١].

٢-أن يقدر الموظف أو الجهـــة المختصـــة بقبـــول الصلـــح دور المخالف، ومدى حرصه على الالتزام بأحكام قانون البيئة، وبالتالي يكـون لجهة الاختصاص رفض طلب الصلح إذا رأت مـــا يـــبرر مـــن ســـلوك المخالف أو تعدد أفعاله المخالفة لأحكـــــام هـــذا القـــانون أو اللوائـــح أو القرارات المنفذة له. وهذا يقتضى من الجهة المختصة الرجوع إلى كافـــة السجلات التى يلتزم بإمساكها صاحب الشأن المخـــالف لمراجعـــة مـــدى التزامه بالنظم والاشتراطات والمواصفات والمعايير المقررة قانوناً ودوره الإيجابي فى محاولة إزالة مصادر التلوث أو الضرر.

٣-وأخيراً أن يدفع صاحب الشأن المخالف فى خلال أسبوع مـــــن تاريخ طلبه الصلح المبلغ الذى يحدده له الموظف أو الجهـــــة المختصـــة بقبول الصلح. ومن البديهي ألا يتحقق هذا الشرط إلا بعد تحقق الشـــوطين السابقين ، إذ إنه قبل تقدير مبلغ الصلح المناسب لابد من التحقق مـــن أن صاحب الشأن المخالف قد أزال مصادر التلوث أو الضرر علـــى نفقتـــه الخاصة ، فضلاً عن التحقق من سلوك المخـــالف وعـــدم تعـــدد أفعالـــه المخالفة. وقد منح المشرع الكويتي المخالف أسبوعاً مـــن تـــاريخ طلبـــه الصلح لدفع مبلغ الصلح حتـــى يتدبـــر أمـــره -مـــن ناحيـــة - إذا أراد الاستمرار فى هذا الطريق، أو يمنحه فرصة- من ناحية أخرى- للمثـــول أمام القضاء إذا قدر أفضلية ذلك له.

---

(١) راجع ما سبق بند ٤٠ وما بعده.

ثالثا: أثر الصلح

٦٣-إذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة تنقضى الدعوى الجنائيـــة بكافة آثارها. ومع ذلك فيمكن القول بأن انقضاء الدعوى الجنائيـــة قبـل المخالف بالصلح يمكن أن يدخل فى تقدير الجهة المختصة بقبول الصلـــح فيما بعـد بحيث يجوز لها رفض طلب الصلح الذى قـــد يقدمــه نفـس المخالف فيما بعد عن جرائم أخرى.

خاتمة

٦٤- وقعت أثناء إعداد هذا البحث بعض الحوادث البيئية الخطيرة التى نجم عنها أضرار جسيمة لم يتحدد مداها حتى الآن. وتأتي فى مقدمة هذه الحوادث ما أطلق عليها حادثة ميت حلفا ، تلك القرية المصرية التى عثر أحد مواطنيها على جسم مشع أدى إلى وفاته هو وبعض أفراد أسرته، هذا إلى جانب الآثار الأخرى الضارة التى لم تتكشف بعد .

ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن الأمر بالفعل جد وخطير، ولا يحتاج إلى عبث أياً كان نوعه، بل يحتاج لتحرك سريع وفعال من هؤلاء القائمين على تنفيذ التشريعات البيئية المختلفة . فالأمر ليس فى حاجة إلى قوانين تنذر بعقوبات رادعة للمخالفين بقدر ما هو فى حاجة لرجال يطبقونها ويكتشفون كل ما هو مخالف لها . وحتى يتمكن هؤلاء الرجال من توفير الحماية القانونية الإجرائية للبيئة لابد أن تتحقق المتطلبات التالية:

أولاً: توفير شبكات الرصد البيئي والاهتمام بها

يجب توفير محطات الرصد البيئي سواء الثابتة أو المتحركة لرصد مكونات وملوثات البيئة دورياً ويلزم توزيع هذه المحطات فى كافة أنحاء الجمهورية على نحو يسمح برصد أى تلوث فى البيئة ، وبالتالي إبلاغ الجهات المختصة لاتخاذ اللازم. ويتجلى دور محطات الرصد البيئي فى الكشف عن التلوث البيئي الذى لا يمكن اكتشافه بالحواس المعتادة للإنسان، والذى قد يكون قريباً جداً من هذا التلوث ولا يشعر به ، وذلك كما حدث لضحايا الحادثة المذكورة آنفاً .

ثانيا: الاهتمام بتدريب وتأهيل القائمين على تنفيذ التشريعات البيئية

إن حاجة التشريعات البيئية لموظفين لهم صفة الضبط القضائي من أجل تنفيذها لم تتأتى من فراغ . فالجرائم التـــى تقــع بالمخالفــة لــهذه التشريعات يصعب غالبا اكتشافها إلا من قبل موظفين مدربين ومزوديــن بأجهزة خاصة . وفى ظل التقدم الصناعي الذى يشــهده العــالم الآن زاد معدل التلوث البيئي ، وأصبح من الضروري ملاحقة هذا التقدم الصناعي بتقدم تكنولوجي معين للكشف عن آثاره الخطرة أو الضارة على البيئــة ، وبالتالي تزويد هؤلاء المختصين بتطبيق التشريعات البيئية بأجهزة القياس اللازمة للكشف عن التلوث البيئي وتدريبهم عليها .

وتجدر الإشارة فى هذا المجال إلى التنويه لأهمية تأهيل المكلفيــن بتطبيق التشريعات البيئية على نحو يسمح لأصحاب الشأن بتقبل إرشاداتهم ونصائحهم للحفاظ على البيئة . وهذا يتطلب من المختصين قــدرا مــن المرونة فى التعامل مع أصحاب الشأن على نحو لا يســمح لــهم -مــن ناحية- بالتفريط فيما يتطلبه القانون من توافــر المعــايير والمواصفــات اللازمة، ويسمح -من ناحية أخرى- لأصحاب الشأن فى الكشف عن كـل ما يطلب منهم بطيب خاطر .

ثالثا: قصر الاختصاص بكل ما يتعلق ببيئة العمل على جهاز شئون البيئة

سبق القول[١] بأنه يطلب من صاحب العمل تنفيذ متطلبات مختلفــة تضعها له كل من وزارة القوى العاملة وتتعلق ببيئــة العمــل الداخليــة، ووزارة البيئة وتتعلق ببيئة العمل الخارجية . ولهذا يجدر توحيــد هــذه الاختصاصات بحيث تقوم عليها جهة واحدة، يفضل أن تتبع جهاز شــئون البيئة ، وبالتالي يجدر أن تضم الإدارة العامة المختصة بالسلامة والصحة

---

(١) راجع ما سبق بند ١١

المهنية التابعة لوزارة القوى العاملة إلى جهاز شئون البيئة ، وذلك من أجل منع تداخل الاختصاصات ، وبالتالي عدم خضوع صاحب الشأن لأكثر من جهة فيما يتعلق ببيئة العمل .

رابعا: تعليق تحريك الدعوى العامة بشأن الجرائم الماسة بالبيئة على طلب جهاز شئون البيئة

يتسم نظام معالجة أو تصحيح مخالفات المعايير والمواصفات الموضوعة لحماية البيئة بالغموض، وخاصة فيما يتعلق بالأثر القانوني له، هذا فضلا عن الدور غير الواضح لمأمورى الضبط القضائي المختصين بتحرير المحاضر الخاصة بجرائم البيئة ، وذلك كله على النحو الذى عرضت له سابقا(١). وطالما أن المشرع المصرى يسمح للمخالف فى مجال قانون البيئة بتصحيح مخالفاته، فإنه كان من المناسب أن يغل يد النيابة العامة بشأن تحريك الدعوى العامة ضد هذا المخالف الذى يقوم بالفعل بتصحيح مخالفاته، وهذا لن يتأتى إلا من خلال تعليق تحريك الدعوى العامة بشأن الجرائم الماسة بالبيئة على طلب يقدم من جهاز شئون البيئة .

والله ولى التوفيق ،،

---

(١) راجع ما سبق بند ٢١ وما بعده .

ABRÉIVATIONS قائمة بالمختصرات الفرنسية

B.C	Bulletin criminel
Crim	Cour de cassation, chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
Gaz . pal	Gazette du palais
JCP	Jurisclasseur Périodique (semaine Juridique)
Rev. Int. Dr. Pen.	Revue internationale de droit pénal .
Rev. Sc. Crim	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé .

فهرس

الموضـــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة
التسهيلات اللازمة................	٥١٩
الفرع الثاني: إلزام أصحاب الشأن بعدم مخالفـــة أوامر مأموري الضبـــط القضـــائي المختصين	٥٢٤
المطلب الثاني: سلطة مـــأموري الضبـــط القضـــائي المختصين فى الاستعانة بالجهات المعنية	٥٢٦
المبحث الثالث: إلتزام مأموري الضبط القضائي المكلفين بتطبيـــق التشريعات البيئية بالمحافظة على أسرار المهنة....	
تمهيد وتقسيم..	٥٣٠
المطلب الأول: تضمن التشريع البيئي النص صراحة علـــى إلتزام الموظفين المكلفين بتنفيـــذ أحكامـــه بالمحافظة على أسرار المهنة.............	٥٣١
المطلب الثاني: خلو التشريع البيئي من النـــص صراحـــة على إلتزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه بالمحافظة على أسرار المهنة.............	٥٣٣

الفصل الثاني
المشكلات المتعلقة بإثبات الجرائم الماسة بالبيئة

تمهيد وتقسيم..	٥٣٧
المبحث الأول: مشكلة إثبات الجرائم الماسة بالبيئة فى ظل مبـــدأ افتراض العلم بالقانون...........................	
تمهيد وتقسيم	٥٤٠
المطلب الأول: مبدأ افتراض العلم بالقـــانون فـــى نطـــاق	

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة



دور البنوك
في
مكافحة غسيل الأموال

دكتور

جلال وفاء محمدين

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مقدمـــــة

تعتبـــر ظاهرة غســـيل الأمـــوال *Money Laundering* مـــن صور الجرائم الاقتصادية التي يكثر الحديث عنها في الآونـــة الأخـــيرة. وهي ظاهرة ترتبـــط بالجريمـــة المنظمـــة *Organized Crime* وعلـــى الأخـــص بجريمة المخدرات، وجرائم الإرهـــاب، وتـــهريب الأســـلحة، والرقيـــق الأبيض وغيرها. كما أنها ظاهرة تتصل بالمؤسسات الماليـــة، لاســـيما البنوك لما توفره بعملياتها من قنوات كوســـيلة يقوم عن طريقها المتورطون في العمليات المشـــبوهة لتنظيف الأمـــوال[١].

وتشـــكل ظاهرة غسيل الأموال مشـــكلة عالمية، إذ يقدر حجـــم الأموال غير النظيفـــة التي يتم غسيلها حوالي ما بين ٨٠٠ مليـــار دولار إلى واحد ونصـــف تريليـــون دولار سنوياً، وبمـــا يعـــادل أكـــثر مـــن

---

(١) راجع بصفة خاصة :

Michael Levi, New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 223-232 (Winter 2000); **Betra Esperanza Hernandez**, money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy, Volume 18 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulations pp. 235-304 (Winter 1993); **Pedro R. David**, Mercosur: "Organized Crime, Money Laundering and Harmonisation of Legislation" Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 63-65 (Summer 1999).

ضعف قيمة الناتج العالمي من البترول[٢]. كما تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أكبر الدول التي يتم فيها غسيل الأموال، إذ تقدر حجم الأموال غير النظيفة الناشئة عن جرائم المخدرات التي تغسل فيها سنوياً بحوالي ٣٠٠ مليار دولار[٣].

---

(٢) ويلاحظ أن نصيب إنجلترا وحدها من هذا المبلغ التقديري هو مبلغ قدره اثنان ونصف مليار جنيه إسترليني، راجع :

R. E. Bell, Prosecuting the Money Launderers: Who Act for Organised Crime, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 104-112 (Autumn 1999).

وبصفة خاصة في ص ١٠٤ .

(٣) ويلاحظ أن هذا المبلغ هو مبلغ تقديري وناشئ عن النشاط الإجرامي في مجال تهريب المخدرات وحده ، كما أن هذا المبلغ هو الذي يحصل غسيله في إطار المؤسسات المالية . ولذلك فإن حجم الأموال التي يتم غسيلها في الولايات المتحدة في الأنشطة المختلفة يفوق هذا المبلغ بكثير . راجع :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٣٧ . وتزيد عمليات غسيل الأموال في إطار ما يعرف بالاقتصاد الخفي . والاقتصاد الخفي هو عبارة عن مجموعة الأنشطة الغير مسجلة ضمن إطار الحسابات القومية وتشمل الإنتاج القانوني غير المعلن في قطاعات مختلفة مثل الصناعة والزراعة والخدمات والتجارة الداخلية وغيرها ، ويعود انتشار ظاهرة الاقتصاد الخفي إلى عوامل عديدة مثل زيادة حجم الضرائب والتعقيدات الإدارية . وتشير بعض الدراسات في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن حجم الاقتصاد الخفي يبلغ ٧٠٠ مليار دولار وبما يمثل ١١% من إجمالي الناتج القومي الأمريكي، كما تزيد هذه النسبة في الاتحاد السوفيتي (السابق) حيث تمثل النسبة حوالي ٥٠% من حجم الاقتصاد القومي . وتشكل ظاهرة الاقتصاد الخفي مشكلة خطيرة في بعض الدول مثل دول أمريكا اللاتينية حيث يشكل الاقتصاد الخفي نسبة تزيد عن ٦٠% من النسبة المعلنة رسمياً . راجع في ذلك : **الدكتور حمدي عبدالعظيم** ، =

ولقد أدى نمو ظاهرة غسيل الأموال إلى ظهور طائفة جديدة من المجرمين منفصلين عن الطائفة التي قامت بالجرائم الأولية التي أنتجت الأموال غير النظيفة . وهذه الطائفة الجديدة من المجرمين تؤدي خدمات إلى مرتكبي الجرائم المنظمة ، وهي تضم المحامين ، والمصرفيين ، والمحاسبين ، ورجال الأعمال . ذلك أن اشتراك هؤلاء في عمليات غسيل الأموال يدر أرباحاً طائلة تتراوح ما بين ٢% إلى ٢٠% من حجم الأموال التي يتم غسيلها (٤) .

- غسيل الأموال في مصر والعالم (الطبعة الأولى – القاهرة ١٩٩٧) وخاصة في ص ص ١٠-١١ ، ٣١ . وفي مصر تبين الإحصائيات الرسمية أن حجم الاقتصاد الخفي يمثل ١٢,٥% من الناتج المحلي حسب إحصائيات وزارة التخطيط . راجع : **الدكتور محمود عبدالفضيل ، وجيهان دياب** ، أبعاد ومكونات (الاقتصاد الخفي) وحركة الأموال السوداء في الاقتصاد المصري (١٩٧٤ – ١٩٨٤) مجلة مصر المعاصرة – العدد ٤٠٠ أبريل (١٩٨٥)، وبصفة خاصة في ص ص ٩-١٠ وكذلك في ص ١٦٦ .

(٤) أنظر بوجه خاص :

Scott Sultzer , Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat It, Volume 63 Tennessee Law Review, pp. 143 – 237 (1995).

وبصفة خاصة في ص ص ١٤٨ – ١٤٩ . كما يلاحظ أن الشركات التي تتولى الوساطة المالية وكذلك شركات السمسرة في الأوراق المالية Securities Brokers قد تقوم بدور خطير في عمليات تنظيف الأموال المشبوهة ، وخاصة أن هذه الأموال لا تنشأ فقط عن المخدرات فقط . ولكن عن أنشطة اقتصادية أخرى غير مشروعة مثل التهرب من الضرائب وكذلك مخالفة قوانين الأوراق المالية وغيرها . ومثال ذلك انه في أحد القضايا فلقد اعترف أحد سماسرة الأوراق المالية في يناير عام ١٩٩٨ بأنه كان قد اشترك في عملية غش تتعلق بالأوراق المالية حيث قبل الحصول على أموال نقدية حتى يقوم بإدارة اسهم إحدى الشركات لرفع قيمتها في السوق بمساعدة شبكة من السماسرة وشركات الوساطة الذين حصلو على رشوة للقيام بذلك النشاط حيث اعترف أحد هؤلاء السماسرة بحصوله -

وجوهر عملية غسيل الأموال هو قطع الصلة بين الأموال المتحصلة عن أنشطة إجرامية وبين أصلها أو مصدرها غير المشروع، أي تبدو الأموال وكأنها قد تولدت عن منشأ مشروع وقانوني(٥). فالهدف الأساسي من غسيل الأموال هو إضفاء الشرعية على أموال هي في الأصل ذات مصدر غير مشروع. ويفضي نجاح عملية غسيل الأموال إلى سهولة تحرك تلك الأموال في المجتمع دون أن تتعرض للمصادرة، وبذا يفلت المجرمون من العقاب.

ونقوم فيما يلي بإلقاء الأضواء على مراحل غسيل الأموال والأساليب التي عادةً ما يتبعها غاسلو الأموال لتنظيف الأموال المتحصلة من الأنشطة غير المشروعة، ثم نتكلم عن المسئولية القانونية للبنوك عند

- على مبلغ ٣,٢ مليون دولار لتنفيذ الخطة ، وفي قضية أخرى حديثة اتهم أحد كبار المحامين في إحدى المكاتب الدولية للمحاماة في فيلادلفيا بولاية بنسلفانيا بجريمة غسيل أموال مرتبطة بعملية غش ، ثم قام بتدوير المال المتحصل عن هذه العملية في شركتين للتأمين حيث قام بغسلها أولاً من خلال حسابات شركات مالية غير حقيقية أي لا تمارس النشاط فعلاً وإنما تقوم فقط وفقاً للسجلات Shell Corporations . راجع في ذلك .

Betty Santangelo & Marc E. Elovitz, Money Laundering and Suspicious Activity Reporting: What's a Broker – Dealer To Do? Published in (Practising Law Institute - Corporate Law and Practice Course Handbook Series – (April 1998) p. 293

(٥) راجع بوجه خاص :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations : A Burden on Financial Institutions , Volume 19 North Carolina Journal of International and Commercial Regulations , pp. 437 – 468 (Summer 1994)

وخاصة في ص ٤٣٧ من ذات المقالة .

تورطها في غسيل الأموال. وأخيراً، نلقي نظرة حـــول آليـــات العمـــل المصرفي وخاصة فيما يتعلق بالسرية اللازمـــة للحســـابات المصرفيـــة وعلاقة ذلك بغسيل الأموال ، وكيفية مواجهة ظاهرة غسيل الأموال علـــى المستويين الدولي والوطني .

تقسيم:

المطلب الأول: مراحل وأساليب غسيل الأموال.

المطلب الثاني: مسئولية البنوك وغسيل الأموال.

المطلب الثالث: السرية المصرفية وغسيل الأموال.

خاتمـــة

المطلب الأول

مراحل وأساليب غسيل الأموال

أولاً - مراحل عملية غسيل الأموال :

يمكن القول بأن عملية غسيل الأموال تمر عادة بثلاث مراحل أساسية: وهي مرحلة الإيداع أو التوظيف، ومرحلة الـتـرقيد، ومرحلة الاندماج وقد تتشابك وتتداخل هذه المراحل في أحيان كثيرة وبحيث يكون الفصل بينها على نحوٍ قاطع أمر في غاية الصعوبة.

١- مرحلة الإيداع أو التوظيف *Placement*:

وهي أصعب مرحلة للقائمين بغسيل الأمـــوال، إذ تكـون فيـها الأموال غير النظيفة عرضة لافتضاح أمرها، وبصفة خاصة أنها تتضمن عادةً كميات هائلة من الأموال النقدية الســائلة (٦) .

---

(٦) :

Scott Sulzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It , Volume 63 Tennessee Law Review, pp. 143 – 237 (Fall, 1995)

وخاصة في ص ١٤٩ ؛ **الدكتور حمدي عبدالعظيم** ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٣٨ – ٣٩ ؛ ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، حلقة نقاشـية عقدتها كلية الحقوق – جامعة الكويت في ١٩٩٨/٥/١٠ – منشـورة في =

وتقتضي مرحلة الإيداع التخلي المادي عن النقود المتحصلة من النشاط الإجرامي أو النشاط غير المشروع بهدف إبعاد الشبهة عن مصدرها. ويتم ذلك في الغالب بأسلوب بسيط عن طريق توظيف الأموال المشبوهة في البنوك أو في غيرها من المؤسسات المالية، سواء في داخل البلاد أو خارجها وسواء بطريق فتح الحسابات، أو الودائع، أو شراء أوراق مالية ... ... إلى غير ذلك(٧). وفي خلال هذه المرحلة قد يتحقق تنظيف الأموال المشبوهة بتوظيفها داخل المؤسسات المالية، وذلك إما بتزوير بعض المستندات، أو إخفاء بعضها، أو بمساعدة بعض موظفي البنك الذين يتسترون على ما يجري(٨).

- مجلة الحقوق – تصدرها جامعة الكويت – العدد الثالث – السنة ٢٢ – سبتمبر ١٩٩٨ ، ص ص ٢٩١ – ٣٨٥ ، وبصفة خاصة في ص ٣٠٢ .

(٧) :

Scott Sulzer, Money Laundering: The Scope of the Problem......

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٤٩ ؛ كذلك : ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، حلقة نقاشية ، المشار إليها سابقاً ، ص ص ٣٠٢ – ٣٠٣ .

(٨) راجع : ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، السابق الإشارة إليه ، ص ص ٣٠٢ – ٣٠٣ ؛ كذلك :

Peter Johnstone & Mark Jones, The Facilitation of Money Laundering Through Western Europe and the United States by Russian Organised Crime Groups, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 119 – 203 (Winter 2000).

وبصفة خاصة في ص ٢٠٠ ؛ وأيضاً :

Ricardo M. Alba, Fraud Control in Offshore Banking Centers, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 245 – 249 (Winter 2000).

كذلك قد يقوم غاسلو الأموال باتباع طرق مبتكرة - خلال مرحلة الإيداع - بإبراز شكل مشروع للنقود وذلك باستثمارها في محلات المجوهرات أو غيرها فيما يعرف بشركات الواجهة *Front companies*. كما قد يلجأون إلى أسلوب تحويل النقود إلى أوراق تجارية قابلة للتداول *Negotiable instruments* ، أو أوامر دفع *Money orders* ، وبهذا الأسلوب تكتسب الأموال ميزتين : فمن ناحية أولى ، فالشكل المادي للورقة التجارية يمكن السيطرة عليه من حيث أنه يمكن وضع أو كتابة أي مبالغ في الصك مما يسهل حركته وانتقاله أكثر من الأموال النقدية، ومن ناحية ثانية أنه يمكن بسهولة إيداع الأوراق التجارية في البنك، وبحيث تندمج ضمن عملياته المتشعبة دون أن يستفسر أو يشك أحد في سلامة ونظافة العملية[٩].

والحقيقة أن اختيار طريقة دون أخرى لتوظيف أو إيداع الأموال خلال هذه المرحلة، يعتمد على خبرة غاسلي الأموال وعلى الظروف المحيطة بعملياتهم.

---

(٩) :

Scott Suizer, Money Laundering: The Scope of the Problem ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٤٩ ؛ وراجع كذلك في الصور المختلفة لعمليات الإيداع والتوظيف :

Money Laundering Convention, 14 February (1998).

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت ١٩٩٨) ، وبصفة خاصة في ص ص ٩-١٠ .

٢- مرحلة الترقيد *Layering* :

وفي هذه المرحلة يتم فصل الأموال المشبوهة عـــن مصدرهـــا، وذلك بخلق عدة عمليات معقدة بهدف التمويه على أصل ومصـــدر هـــذه الأموال. بل وتدعيم ذلك بالمستندات التي تؤدي إلـــى تضليـــل الجـــهات الرقابية والأمنية بما يحول دون اقتفاء المســـار غـــير المشـــروع لـــهذه الأموال(١٠).

كما تتميز هذه المرحلة بأنها أصعب من سابقتها بالنسبة لســـلطات مكافحة غسيل الأموال بحيث يصعب عليهم كشف كنه وحقيقة العمليـــات غير المشروعة بســـبب استخدام عمليات التحويل البرقي للنقـــود *Wire Transfer* ، والتحويل الإلكتروني *Electronic Transfer* والتي تنتقل بـــها الأموال بسرعة فائقـــة إلى بنوك خارج البلاد مما يصعب معه ملاحقة أو تعقب مصدرها(١١). ويزيد الأمر تعقيداً أن هذه الأموال عـــادة مـــا يتـــم تحويلها إلى البنوك في بلاد تتبنى قواعد صارمة للســـرية، مثـــل جـــزر كايمن، بنما، بهاما، سويسرا وباكستان(١٢). ومن الأساليب المستخدمة فـــي

---

(١٠) في معنى قريب : المرجع السابق ، ص ١١

(١١) :

Scott Sulzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It ... ...

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١٥٠ .

(١٢) السابق ، ص ١٥٠ ؛ كذلك راجع :

Ethan A. Nadelmann, Unlaundering Dirty Money Abroad: U.S. = Foreign Policy and Financial Secrecy Jurisdictions , Volume

التعتيم على مصدر الأموال غير النظيفة خلال هذه المرحلة مـــا يعــرف بعملية "الدفع من خلال الحساب" *Payable through account or pass through account* حيث يقوم بنك أجنبي بفتح حساب لدى أحد البنـــوك المحلية مثلاً ، ويستخدم هذا الحساب من عملاء البنـــك الأجنبـــي لإدارة نشـــاطهم المشبوه عن طريق سحب شيكات عليه ، أو إيداع الأموال فيــه ثم نقلهـــا بعد ذلك إلى البنك الأجنبي في الخارج . وأيضاً اســـتخدام مـــا يعرف بـــ *Counterbalancing Loan Schemes* أي بوضـــع أو إيـــداع الأموال غير النظيفة في حساب بنكي خارج البلاد ، وفي نفـــس الوقـــت استخدام قيمة الحساب نفسه كضمان للحصول علـــى قــرض فـــي بلـــد آخر(١٣).

---

18 University of Miami Inter – American Law Review pp. 33 – = 81 (Fall, 1986).

فعلى سبيل المثال ، قامت " كايمن ايلند " بتشديد قوانين سرية الحسابات في البنوك بعد قضيــة Field في عام ١٩٧٦ والتي تضمنت إرغام أحد المصرفيين من أحد بنوك كايمن للشــــهادة أمام المحلفين في الولايات المتحدة وإفشاء بعض أسرار العملاء . راجع مقالة :

Ethan A. Nadelmann , Unlaundering Dirty Money Abroad ....

المقالة المذكورة أخيراً ، ص ص ٥٢ – ٥٣ .

(١٣) أنظر :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٥٠ – ١٥١ . كما قد تســـتخدم أدوات أخـــرى في مرحلة الترقيد مثل استخدام أوراق مالية ، عن طريق مؤسسات ماليـــة ، مثـــل الشـــيكات السياحية ، أوامر الدفع ، خطابات الضمان ، والأسهم والسندات . راجع :

Money Laundering Convention ... ...

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١١ .

وتجد السلطات القائمة على تعقب نشاط غسيل الأموال صعوبات كبيرة في ملاحقة التحويلات الإلكترونية والبرقية التي ترد من العالم أجمع ليس فقط بسبب ضخامة وتشعب هذه التحويلات ولكن أيضاً بسبب الصعوبات الفنية الموجودة في نظام التحويلات الإلكترونية نفسه. ففي إحدى القضايا الحديثة تم إيداع الأموال المتحصلة عن جرائم المخدرات في عدة بنوك، ثم تحويلها برقياً إلى حساب سري في أحد البنوك بمدينة تامبا *Tampa* بولاية فلوريدا الأمريكية ، ثم إعادة تحويل تلك الأموال مرة أخرى مروراً ببنوك في ولاية نيويورك إلى بنوك في لكسمبورج ولندن حيث استخدمت في شراء شهادات إيداع *Certificate deposits* ثم استخدمت هذه الشهادات كضمان لقرض ضخم تم الحصول عليه في *Nassau* ، وبعدئذ، تم تحويل مبالغ القرض ذاته إلى الحساب السري في مدينة تامبا لتأخذ الأموال دورتها مرة أخرى لتجارة المخدرات في أورجواي(١٤).

٣- مرحلة التكامل أو الدمج *Integration*:

وفي هذه المرحلة يتم تطهير الأموال غير النظيفة بإدماجها في عمليات مشروعة أو أنشطة اقتصادية مشروعة، وبحيث تبدو الأموال منبتة الصلة بالأنشطة الإجرامية التي تحصلت عنها. ويستغل غاسلو

---

(١٤) :

Scott Sultzer, Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It ... ...

المرجع المشار إليه سابقاً ، هامش ٣١ ، ص ١٥٠ .

الأموال البنــوك كمؤسسات مالية ذات أداء عالي المستوى لكي تدور من خلالها الأموال غير النظيفة، وبحيث لا يتشــكك أحد في شــرعية هــذه الأمــوال[١٥]. وتستخدم بعض أدوات العمل المصرفي لإضفــاء نوع من الشــرعية على هذه الأمــوال مثــل خطابــات الاعتمــاد، الضمانــات المصرفية، .... الخ. كما قد يتم تطهير الأموال بوسائل عديدة أخــرى مثل اكتــساب ملكية العقارات، تأسيس الشركات، مباشرة تجارة الاستيراد والتصدير .... الخ[١٦].

---

(١٥) وبصفة خاصة ، راجع :

Money Laundering Convention .

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١٢ ؛ كذلك :

ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، حلقة نقاشية منشورة في مجلة الحقوق — جامعة الكويت ... ... المشار إليه سابقاً ، ص ٣٠٥ .

(١٦) ويعتبر شراء العقارات وسيلة تقليدية لإعادة الأموال غير النظيفة مــرة أخــرى لتدخــل في الاقتصاد القومي . ويمكن شراء العقارات بواسطة شركات واجهــة باســتخدام الأمــوال المشبوهة ، ثم يعاد بيعها ، فتبدو حصيلة البيع وكأنها قد جاءت مــن مصــدر مشــروع ، وكذلك تكوين شركات وهمية ثم تقوم هذه الشركات بإقراض الأموال لبعض الأشــخاص ، أو بالحصول على قروض وهمية وبفوائد عالية وبحيث يتم استبعاد مبالغ الفوائد من احتســاب الضرائب عليها وبالتالي يحصل التهرب الضريبي . راجع :

Money Laundering Convention .

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٢ — ١٣ .

ثانياً - أساليب غسيل الأموال :

تتم عملية غسيل الأموال بأساليب وأشكال عديدة تتدرج من البساطة إلى التعقيد ، وبحسب ظروف وطبيعة العملية . ولقد كان للتكنولوجيا دور خطير في تطوير الأساليب التي تستخدم لغسيل الأموال . ولعل التهريب *Smuggling* هو أبسط وأقدم الطرق التي استخدمها غاسلو الأموال . كما استخدمت أساليب أخرى مثل شركات الواجهة *Front Companies* ، والقيام ببعض التصرفات العينية *Real Estate Transactions* ، واستخدام بعض الأنظمة التكنولوجية الحديثة الأخرى مثل التحويل عبر الإنترنت وغيرها . وفيما يلي شرح لهذه الأساليب .

١- التهريب *Smuggling* :

كان التهريب أبرز الأساليب التي يتم بها غسيل الأموال، إذ يقوم المتورطون في العمليات الإجرامية بتهريب المتحصلات النقدية من جرائمهم بأنفسهم أو عن طريق آخرين خارج البلاد. وكان ذلك يتم بأساليب بسيطة مثل إخفاء النقود الورقية في الجيوب السرية للحقائب أو بوضعها في علب حفاضات الأطفال، وغيرها من الطرق التي تؤدي إلى نقل الأموال خارج البلاد إما بحراً أو براً أو جواً. بل انه يمكن القيام بتهريب النقود بإرسالها بالبريد خارج البلاد[١٧].

---

(١٧) راجع : =

ولقد حرصت أغلبية الدول على مقاومة التهريب كوسيلة لغسيل الأموال عن طريق تعزيز الرقابة الجمركية في مداخل البلاد وعلى الحدود، وبتجريم عدم الإفصاح عما يحمله المسافر من أوراق نقدية إذا تجاوزت حدود مبالغ معينة. فمثلاً، ينبغي على المسافر إلى الولايات المتحدة أن يملأ إقراراً بمبالغ النقود التي يحملها إلى البلاد إذا زادت على عشرة آلاف دولار(١٨).

Dancan E. Alford, Anti - Money Laundering Regulations : A = Burden on Financial Institutions : ... ...

وبصفة خاصة في ص ص ٤٤١ – ٤٤٢ ؛ وهناك حالات كثيرة لنقل مبالغ ضخمة للغاية عن غير طريق البنوك ومثال ذلك أنه في عام ١٩٨٠ قام أحد رجال المباحث الفيدرالية الأمريكية بضبط إحدى زعيمات عصابات المافيا ومعها مليون وأربعمائة وثلاثون ألف دولار مخبأة في ستة علب من لعبة المونوبولي **Monopoly** ، وفي فبراير عام ١٩٨٥ تم ضبط مسافرين على طائرة خاصة أقلعت من ولاية تكساس الأمريكية ومعهما مبلغ ٥,٩ مليون دولار للخروج بها من الولايات المتحدة ، وفي عام ١٩٨٣ تم ضبط أحد الرجال التابعين لرئيس بنما الأسبق نوريجا وهو يقوم بتهريب مبلغ ١٤٦ مليون دولار وهو مسافر على إحدى الطائرات إلى بنما ، راجع في ذلك :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It , ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٥٦ – ١٥٧ .

(١٨) وطبقاً لقانون سرية البنوك لعام ١٩٧٠ في الولايات المتحدة ، فإنه ينبغي تقديم تقرير عن العملة أو الأوراق التجارية التي يتم جلبها إلى الولايات المتحدة أو تلك التي تخرج منها ، وذلك إذا زادت قيمة المبلغ عن عشرة آلاف دولار . ولقد قررت المحاكم الأمريكية في مناسبات عديدة إن تفتيش الحقائب والأمتعة الشخصية في المطارات وفي منافذ الدخول والخروج على الحدود الأمريكية لا يتطلب الحصول على إذن خاص . راجع :

Kimberly Anne Summe, The Battle Against Money Laundering: = An Examination Of U.S. Law, International Cooperative Efforts and

وعلى الرغم من أن التهريب هو أقدم وابسط الطرق التي ابتكرها غاسلو الأموال، إلا أنه مازال مستخدماً على نحو واسع حتى في أكثر البلاد تقدماً من الناحيتين التكنولوجية والأمنية كالولايات المتحدة الأمريكية. إذ يقدر حجم المبالغ التي يتم تهريبها خارج الولايات المتحدة بنحو خمسين مليار دولار سنوياً(١٩).

ومن طرائف عمليات تهريب الأموال التي تتم في الولايات المتحدة أن نفس الأموال التي يتم تهريبها منها تعود إليها مرة أخرى، ولكن في هذه المرة مطهرة. إذ يقوم المهرب مثلاً بعبور حدود الولايات المتحدة إلى المكسيك، ثم يعود مرة أخرى إلى الولايات المتحدة الأمريكية من منفذ قانوني ويعلن لسلطات الجمارك فيها عن المبالغ التي بحوزته ليكون دخوله بها قانونياً، ثم يقوم هذا المهرب بإيداع هذه المبالغ في البنوك الأمريكية، ولا يلتزم حينئذ بالكشف عن مصدر هذه الأموال أو ملأ الطلب البنكي الخاص بذلك، إذ أن دخوله بالأموال إلى الولايات المتحدة حصل بطريقة قانونية. ثم يعمد هذا المهرب إلى التصرف في هذا المبلغ بالطريقة التي تروقه: إما باستثمارها داخل الولايات المتحدة، أو إعادة تحويلها بنكياً إلى بلد آخر. ولقد اتبع المهربون هذه الطريقة بنجاح

= Corporate Governance Issues, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control , pp. 236 – 244 (Winter 2000).

وبصفة خاصة في ص ٢٣٧ .

(١٩) انظر :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It , ...

المرجع المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٨٦ -١٨٧ .

بالغ، لدرجة أنه في بلدة *Brownsville* بولاية تكساس والتي لها حدود مع المكسيك، وصلت قيمة الأموال المهربة فيما بين عام ١٩٨٨ - ١٩٩٠ إلى ثمانية مليارات دولار، وبلغت خمسة مليارات في مدينة *Nogalos* بولاية أريزونا، ونفس الرقم الأخير تحقق تقريباً في مدينة سان ديجو بولاية كاليفورنيا(٢٠).

٢- التصرفات العينية :

لقد لجأ غاسلو الأموال إلى وسيلة أخرى للتمويه على المصدر غير المشروع لأموالهم، وذلك بشراء العديد من الأشياء العينية كالذهب والمجوهرات والعقارات واللوحات النادرة، كخطوة أولى. ثم يقومون في مرحلة تالية ببيع ما تم شراؤه، وذلك في مقابل الحصول على شيكات مصرفية بقيمة الأشياء المبيعة، كخطوة ثانية. وفي الخطوة الثالثة تستخدم هذه الشيكات المصرفية في شكل حسابات مصرفية تفتح لغاسلي الأموال في البنوك المختلفة المسحوب عليها هذه الشيكات. بعدئذ، يقوم أصحاب هذه الحسابات بإجراء العديد من التحويلات المصرفية عن طريق تلك البنوك المسحوب عليها الشيكات بقصد التعتيم على العمليات المشبوهة(٢١).

---

(٢٠) السابق ، ص ١٨٧ .

(٢١) راجع :

Money Laundering Convention ... ...

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٠-١١، وكذلك في ص ١٢ ؛ راجع كذلك : الدكتور **حمدي عبدالعظيم** ، غسيل الأموال في مصر والعالم، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٦ .

بل إنه زيادة في الحيطة، وإحكاماً لحلقات التمويه، قد يعمد غاسلو الأموال، بعد إيداع حصيلة بيع الأشياء العينية لدى البنوك إلى الاقتراض من بنوك أخرى بضمان هذه الإيداعات، ثم استخدام مبالغ هذه القروض في شراء الأسهم أو السندات أو أذون الخزانة أو المساهمة في مشروعات وطنية أو دولية، ثم تحويل الأرباح إلى مواطنهم الأصلية أو إلى أي مكان آخر(٢٢).

٣- نقل الأموال عن طريق المؤسسات المالية غير المصرفية :

ويقصد بالمؤسسات المالية غير المصرفية *Non – Bank Financial Institutions* تلك المؤسسات التي تشترك أو تساهم في عمليات تبادل النقود مثل القيام بالتحويلات البرقية للنقود، أو صرف الشيكات، أو بيع أوامر الدفع *Money Orders* ، أو بيع الشيكات السياحية (شيكات المسافرين) *Traveller's Cheques* . ومن أمثلة تلك المؤسسات المالية: شركات الصرافة، شركات سمسرة الأوراق المالية *Securities* ، مكاتب شركة "أمريكان إكسبرس" لبيع شيكات

---

(٢٢) الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع السابق ، ص ص ٣٦ – ٣٧ . ومن النشاطات التي يستخدمها المتورطون في عمليات غسيل الأموال نشاط إنتاج الأفلام السينمائية وتوزيعها ، إذ يتم دفع الأموال داخل البلد المعين مقابل الأفلام ، ثم يتم إعادة تصدير هذه الأفلام للحصول على المقابل النقدي وإيداعه في أحد بنوك بلد المشترى ، ثم يعقب ذلك شراء بضائع عينيه من ذلك البلد وإعادة شحنها إلى البلد الأول الذي تم فيه الإنتاج السينمائي ، وبحيث تبدو البضاعة الواردة إلى هذه البلد الأخير وكأنها قد دخلت بطريقة شرعية ، انظر : الدكتور ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال (دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٥) ، ص ١١٦ .

المسافرين[٢٣]. وتعتبر تلك المؤسسات منفذاً خطيراً لغاسلي الأموال بالنظر إلى كونها غير خاضعة لنفس الرقابة الصارمة التي تخضع لها البنوك. ففي الولايات المتحدة الأمريكية، مثلاً لم يكن هناك والى وقت قريب، أي تنظيم قانوني فيدرالي يحكم قيام هذه المؤسسات بالعمليات التي يكون محلها مبادلة (صرافة) أو تحويل النقود، ومع ذلك أصبحت هذه المؤسسات خاضعة أخيراً إلى قانون سرية المصارف *Bank Secrecy Act* لعام ١٩٧٠ وتعديلاته[٢٤].

---

(٢٣) :

Scott Sultzer, Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It ... ...

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٨٨ – ١٨٩ . كما يستغل غاسلو الأموال شركات الصرافة للقيام من خلالها بشراء العملات الأجنبية مقابل العملات الوطنية الناتجة عن عمليات مشبوهة أو غير مشروعة . ويحرص هؤلاء على الحصول على العملات الأجنبية بأى سعر ، مما يؤدى إلى ارتفاع سعر صرف العملة الأجنبية في مواجهة العملة المحلية ، وبما يؤثر بشكل خطير على الاقتصاد القومي . ومثال ذلك ما حصل في كل من البرازيل والمكسيك وبيرو من انهيار شديد لأسعار صرف عملاتهم الوطنية في فترة زمنية قصيرة . راجع :

Robert Grosse, Mexico: The Black Market in Foreign Exchange and its Relationship with Narcotics Money Laundering, Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 67 – 80 (Summer 1999).

(٢٤) ومن أمثلة هذه المؤسسات المالية غير المصرفية ما يعرف بـ: Casas de Cambio وهي شركات ومؤسسات نشأت بغرض استبدال العملة المكسيكية " البيزو " بالدولار الأمريكي ويقدر عددها حالياً بأكثر من ألف شركة ومؤسسة . ويتراوح حجم الأموال التي يتم غسيلها شهرياً عن طريقها بحوالي خمسة ملايين دولار ، ووصل أكبر معدل لغسيل الأموال في إحدى التقديرات إلى أكثر من مائتي مليون دولار في غضون ستة أشهر . ويقرر البعض أن مؤسسات Casas de Cambio تتقاضى نسبة تتراوح بين ٣% إلى ٥% للقيام بمثل =

٤- شركات الواجهة *Front Companies* :

قد يعمد غاسلو الأموال ، وبالذات في العمليات الدولية الكبرى والمنظمة، إلى إنشاء شركات أجنبية صورية يطلق عليها في بعض الأحيان *Shell Companies* أي الشركات الصورية أو شركات الواجهة *Front Companies* . وهذه الشركات لا تنهض بالأغراض المنصوص عليها في عقود تأسيسها أو أنظمتها الأساسية، بل تقوم بالوساطة في عمليات غسيل الأموال غير النظيفة. وعادةً ما يصعب تعقب النشاط غير المشروع لهذه الشركات وخاصة إذا كانت تقوم في ذات الوقت بجانب من العمليات المشروعة[٢٥]. وعلاوة على ذلك، فإن هذه الشركات لا تخضع

= هذه العمليات . ومن أبرز المؤسسات المالية غير المصرفية أيضاً شركة أمريكان أكسبرس American Express ، وهي لا تقوم بأي نشاط إجرامي كما تلتزم بجميع الإجراءات والقواعد المنصوص عليها في القانون ، ولها أكثر من ٣٧,٠٠٠ وكيل وفرع في أرجاء العالم، ومع ذلك فإن الشيكات التي تصنعها مثل الشيكات السياحية وغيرها تعتبر وسائل لغسل الأموال المشبوهة يستغلها غاسلوها . كذلك تورطت بعض كبريات شركات الشحن والتعامل في الأوراق المالية في (وول ستريت) في نيويورك في عمليات غسيل الأموال ، ومثال ذلك أنه تم تغريم شركة بمبلغ قدره مليون دولار لدورها في إحدى تلك العمليات لقبولها كمية ضخمة من الأموال السائلة وعدم كتابة التقرير اللازم عنها إلى الجهات المختصة طبقاً للقانون . راجع في ذلك :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat It ... ...

المرجع المشار إليه سابقاً وبصفة خاصة ص ص ١٨٩ – ١٩١ .

(٢٥) راجع بصفة عامة :

Michael Blair, Money Laundering Control in the Financial Regulation Context, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 102– 103 (Autumn, 1999); **William F. Bruton**, Money Laundering: Is It Now A Corporate Problem ? =

في بلاد كثيرة لنفس درجة الرقابة التي تخضع لها البنوك أو لإجراءاتــها في العمل. ومن صور تلك الشــركات: شــركات الســياحة - شــركات الاستيراد والتصدير - شركات التأمن - شركات محـــلات المجوهــرات الكبرى ... ... الخ[٢٦].

ويحصل غسيل الأموال عن طريق شركات الواجهة من خــــلال أساليب عديدة. فقد يقوم المتورطون في عمليات غسيل الأموال بشــــراء الشركات الخاسرة أو التي على شــفا الإفلاس أو في مرحلـــة التصفيــة (كشركات الصرافة، أو ســلسلة مطاعم، أو سلسلة فنــــادق مثــلاً) ثــم يقومون بدعمها ماليــاً بغرض إقالتهــا من عثرتــها وبــهدف إنجاحــها كخطوة لتعظيــم إيراداتها الماليــة ليكون ذلك ســتاراً على أموالهم غير النظيفــة. والطريف في الأمر، أن تلك الشركات عادة ما تقوم بســــداد كافة التزاماتها في ظل القانــون الوطني الذي تنشــأ في ظله، وبصفــــة خاصــة ما يتعلق بســداد الضرائب، حتى لا تثور الشــكوك حولها أو

Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 9–10 = (Summer, 1999).

الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غســيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه ســـابقاً، ص ٣٨ .

(٢٦) :

Scott Sulzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It, ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٩٢ – ١٩٣ .

حـــول ثرواتها المفاجئة[٢٧].

ومن الصور التي تتخذها شركات الواجهة لغسل الأموال ما قـــد تقوم به إحدى هذه الشركات من شراء بضائع من شركة أجنبيـــة بســـعر منخفض والسعر الحقيقي في حساب سري للشـــركة الآمـــرة فـــي أحـــد البنـــوك الأجنبية لدولة تفرض سياجاً محكماً للســـرية علـــى الحســـابات المصرفيـــة[٢٨].

كما قد يتم غسيل الأموال من خلال توظيف الأموال غير النظيفة في شركات التأمين ، ويكون ذلك مثلاً بشراء وثيقـــة تـــأمين ذات قســـط سنوي *Single premium annuity* ولصالح شخص باسم مزيف أو باســـم شركةٍ ما، وعلى أن يقوم من صدرت الوثيقة لصالحه بإلغائها بعد فـــترة وجيزة، مع الالتزام بالشروط الجزائية المنصوص عليـــها فـــي عقـــد التأمين بسبب إنهاء الوثيقة قبل موعدها. ثم تقوم شركة التأمين برد مبلـــغ قسط التأمين بأكمله إلى المؤمن له بشيك أو بإرسال هذا المبلغ بناءً علـــى طلب صاحب المصلحة إلى حسابه الخاص لدى أحد البنوك وبذلك تنتفـــي الشبهة حول عدم مشروعية هذا المال، لأنه يجد مصدره في عقد التـــأمين نفسه. وعلى جانب آخر، فقد تنشأ شركات تأمين خـــارج الإقليـــم - *Off Shore* لكي يتم استخدامها في عمليـــات إيداع وتوظيف وترقيد وإدمـــاج الأموال غير النظيفة، وبحيث تعمل هذه الشركات في ظل قوانين الـــدول

---

(٢٧) قارب : الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشـــار إليـــه سابقاً ، ص ٣٨ .

(٢٨) السابق ، ص ص ٣٨ – ٣٩ .

التي لا تتطلب رقابة صارمة على أعمال شركات التأمين. وتتولى هـــذه الشركات التأمين لصالح غاسلي الأموال وبحيث تتلقـــى الأمـــوال غـــير النظيفة كأقساط لوثائق التأمين . وفي نفس الوقت تحرص هذه الشـــركات على خلق نظام محاسبي جيد لكي تظهر بمظهر الشرعية، ثم يقوم غاسلو الأموال بتقديم مطالبات زائفـــة سبق ترتيبها مع شركات التأمين نفســـها لتقوم هذه الأخيرة بدفع التعويضات التأمينيـــة ، وبذلك تنقطع الصلة بيـــن الأموال المشـــبوهة ومصدرها غير المشروع (٢٩) .

ويتطلب القيام بعمليات غسيل الأموال من خلال شركات الواجهة مساعدة من بعض المؤسســـات المالية وذلك للقيـــام بالتحويلات النقديـــة واستبدال العملات . ولما كان القيام بذلك يصطدم بآليات العمل المصرفي . بما فيها رقابة البنك المركزي ، فلقد آل القيام بهذا الدور إلـــى شـــركات الصرافة وشركات السمسرة في بورصات الأوراق المالية . ومن خـــلال هذه المؤسسات غير المصرفية ، تستطيع شركات الواجهة التعـــامل مـــع البنوك الكبرى في أي مكان في العالم (٣٠) .

---

(٢٩) راجع :

Scott Sultzer, Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It, ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٩٣ هامش ٣١٣ .

(٣٠) راجع :

Betty Santangelo and Marc E. Elovitz, Money Laundering and Suspicious Activity Reporting : What's a Broker – Dealer To Do?... ... ...

المرجع المشار إليه سابقاً ص ص ٢٩٦ – ٢٩٧ .

٥ـ التحويل البرقي للنقود *Wire Transfer* :

يلجـأ غاسلو الأموال إلى أسلوب التحويل البرقي للنقود بسـبب الثغـرات التي تعتري هذا النظام . ذلك أن كثيراً مـن البنـوك ليسـت أعضاءً في نظام *Fedwire* ، كما أن عدداً قليلاً منها عضـو فـي نظـام *CHIPS* أو " *Clearing House for International Payment System* " وهو عبارة عن عملية غرفـة مقاصة تسوية في نهاية اليوم . ويـترتب على ذلك ، أنه يتعين على معظم البنوك استخدام ما يعرف بنظام *SWIFT* للتصريح بإجراء المعاملات المالية برقيـاً ، أي استخدام نظـام البنـوك المراسلة لإتمام عملية التحويل : *Society for worldwide International Financial Telecommunications "SWIFT"* ووفقاً لنظام سـويفت، فإن البنك الذي يقوم بتنفيذ التحويل لا يعلم الغرض من التحويل، إذ أن البنـك المصرح وحده هو الذي يقع عليه واجب التحري عن غرض العميل مـن هذا الاستخدام. وعليه، فإن التحويلات الصادرة من بنوك أجنبية غالباً مـا تكون خالية من اسم العميـل المنشئ، إذ تقتصر على ذكر عبـارة " إن عميلنا يرغب في تحويل مبلغ ... ... إلى عميلكم"(٣١).

وأدرك غاسلو الأموال أن بإمكانهم استخدام نظام التحويل الـبرقي لإيداع النقود لدى البنوك في الخارج ، وذلك دون الحاجة إلى الإعـلان

---

(٣١) راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations : A Burden on Financial Institutions , ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٦٤ – ٤٦٥ .

عن أسمائهم[٣٢]. وبعد أن يتم إيداع النقود لدى البنـــوك، يقـوم هـؤلاء الأشخاص بعدئذ بتحويلها برقيـاً مرة أخرى إلى حســاب شــركة مــن شركات الواجهة مثلاً يمتلكونها خارج البلاد في بلد يأخذ نظامه بالســرية الكاملة لعمليات البنوك، ولا يسمح لأحد بالاطلاع على دفاترها أو الكشف عن حقيقة عملاء البنك أو تتبع حركة الحسابات داخل البنوك. ثـم تقـوم شركات الواجهة بالاقتراض من أحد البنوك بضمان مــا ســبق إيداعــه بحسابها، وذلك بغرض إعادة الأموال مرة أخرى إلى المهربين[٣٣].

كما اسـتغل غاسـلو الأمـوال انشـغال ســلطات المكافحـة وتركيزها على تعقب العمليات التي تتضمن استخدام النقـود المادية فــي تنظيف الأموال لكي يقوموا بعملياتهم المشــبوهة من خلال التحويــلات البرقية للنقود. أضف إلى ذلك أن نظام التحويلات البرقية نفسه لا يســمح بالتعرف على طبيعة العملية موضوع التحويـل، وخاصــة أن عمليــات التحويل قد تتم عن طريق تدخل أكثر من بنك مراســل *Correspondent Bank*، وبحيث لا يكون في مقدور البنك المراسل أو حتى البنك الأخــير في سلســلة عملية التحويل التحري عـــن موضــوع العمليــة بــالنظر للســرعة الفائقة التي تتم بها عمليات التحويل البرقي للنقود، وبما يشـجع غاسـلو الأموال على اســتخدام هــذه الوسـيلة لنقـل أموالــهم عــبر

(٣٢) قارب : المقالة السابقة ، ص ٢٦٥ .

(٣٣) في نفس المعنى ، راجع : **الدكتور حمدي عبدالعظيم** ، غسيل الأموال في مصــر والعــالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٣٨ – ٣٩ ؛ **الدكتور ماجد عمار** ، الســرية المصرفيــة ومشكلة غسيل الأموال ، المشار إليه سابقاً ، ص ص ٩٩ – ١٠٠ .

المؤسسات المالية(٣٤). وعليه، فإنه ينبغي على السلطات المختصة الاتصال بكل بنك تدخل في التحويل لتجميع المعلومات عن أي عملية مشبوهة؛ ولا شك أن هذا أمر غاية في الصعوبة، خاصة وأن البنوك التي تشترك في التحويلات البرقية عادة ما تكون كائنة في أقاليم ودول مختلفة. وعلاوة على ذلك، فإن التحويلات البرقية تتم وفقاً للنموذج الذي يضعه كل بنك. وهذه النماذج تختلف من بنك لآخر وبالذات فيما يتعلق بشكلها والأرقام والرموز المستخدمة *Codes* ، وبما يستوجب تدريب السلطات المختصة على حل الشفرة السرية التي يستعملها كل بنك(٣٥). ويزيد الأمر صعوبة، أن التحويلات البرقية، وعلى خلاف الشيكات، يتم تسويتها بسرعة فائقة. كما أن غاسلي الأموال عادةً ما يقومون بإرسال تحويلاتهم البرقية عن طريق بنوك في دول تتميز بقوانين للسرية المطلقة للحسابات المصرفية، وبذا يصبح التحري عن مصدر أو حقيقة هذه الأموال غاية في الصعوبة(٣٦).

وقد يكون البنك المتلقي لأمر التحويل بنكاً صغيراً فيضطر إلى الاستعانة ببنك مراسل كوسيط لاستكمال تنفيذ أمر التحويل في بلد آخر ، ولا شك أن استخدام البنك المراسل يضيف صعوبة بالنسبة

---

(٣٤) أنظر :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions, ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٦٤ – ٤٦٥ .

(٣٥) المقالة السابقة ، ص ٤٦٥ .

(٣٦) السابق ، ص ٤٦٥ .

لسلطات مكافحة غسيل الأموال ، ويزداد الأمر تعقيداً في حالة إذا كـــان البنك المراســـل نفسه ليـــس عضواً في إحدى شـــبكات التحويل البرقي، إذ يضطر هذا البنك الوسيط إلى الاســـتعانة ببنـــك آخـــر عضـــو فـــي الشـــبكة(٣٧).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية ، أدرك المشـــــرع الأمريكـــي أهمية وخطورة نقـــل الأموال بطريق التحويـــل البرقي. ففي عام ١٩٩٣ وحدها كانت تتم خـــلال يوم العمل الواحد ٤٠٠,٠٠٠ عمليـــــة تحويـــل برقي بطريـــق *CHIPS* و *Fedwire* وبما يقدر بمبلـــغ واحـــد ونصـــف تريليـــون دولار أمريكي ، وذلك عـــلاوة علـــى عمليـــات التحويـــل الإلكتروني الأخرى التي تتم بطريـــق نظـــام *SWIFT* وهـــو نظـــام بلجيكي(٣٨) . وذلك إلى جانـــب عمليات التحويـــل البرقـــي التي تتـــم عن طريق المؤسســـات الماليـــة غير البنكيـــة والتي يصـــل حجمها إلى حوالي ١٢,٧ مليون دولار ســـنوياً في داخـــل الولايـــات المتحـــدة

---

(٣٧) السابق ، ص ص ٤٦٥ – ٤٦٦ .

(٣٨) راجع :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It, ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٢٢٣ – ٢٢٤ ؛ وفي شرح لأنظمة التحويل البرقي :

Lee R. Sneddon, The Future of Funds Transfers: The Impact of CHIPS/CHAPS/FEDWIRE and the Regulations on. Capital Adequacy and Money Laundering, pp. 9 - 24 (published in Funds Transfer in International Banking, editor Charles del Busto 1992).

الأمريكية وحدها[٣٩]. ويلاحظ أن عمليات التحويل البرقي تعتبر ذات جاذبية خاصة لغاسلي الأموال نظراً للسرعة الفائقة التي تتم بها، ونظراً لتكلفتها الزهيدة والتي لا تزيد عن ١٨ سنت أمريكي للعملية الواحدة بغض النظر عن حجم العملية أو مبلغها[٤٠].

وفي ظل اللوائح المنظمة للبنوك في الولايات المتحدة الأمريكية ، فإنه يتعين على البنوك الاحتفاظ بسجلات *Records* تقيد فيها كل عملية تحويل برقي تزيد قيمتها عن مبلغ قدره ١٠,٠٠٠ دولار، وتقرر هذا الالتزام على عاتق كل من البنك المصدر أو المنشئ للعملية *Originator Bank* وكذلك بنك المستفيد *Beneficiary's Bank*[٤١]. ولكن يلاحظ أن التنظيم القانوني للتحويلات البرقية تم بموجب الفصل (*4 A*) من التقنين التجاري الموحد *Uniform Commercial Code* والذي لا يستلزم وضع معلومات عن المستفيد من أمر التحويل ، وبما قد ينعكس على إمكانية حصول غش في أوامر التحويل الإلكتروني للنقود[٤٢] . وعلاجاً لهذا الوضع أصدر بنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي في ٣ يناير عام ١٩٩٥ تعليمات ولوائح *Regulations* ، وذلك

---

(٣٩) مقالة :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It, ...

المقالة السابقة ، ص ٢٢٤ .

(٤٠) المقالة السابقة ، ص ٢٢٤ .

(٤١) المقالة السابقة ، ص ص ٢٢٤ – ٢٢٥ .

(٤٢) المقالة السابقة ، ص ص ٢٢٤ – ٢٢٥ .

للتوفيق بين اعتبارين جوهريين: تلبية حاجة السلطات المختصة في إيجاد وسائل فعالة لتعقب عمليات التحويل البرقي المشكوك في أمرها، من ناحية؛ والإبقاء على الكفاءة والسرعة اللازمة للعمليات المصرفية، من ناحية أخرى. ولقد أصبحت هذه التعليمات واللوائح سارية ابتداءً من الأول من يناير عام ١٩٩٦(٤٣). وتتسم هذه اللوائح، بصفة عامة، بالمرونة وباتساع نطاقها من حيث المعلومات التي يتعين على البنك الاحتفاظ بها عن العميل وعن العملية. وتستوجب هذه اللوائح من البنك المصدر *Originator Bank*، أي البنك الذي يقبل أمر الدفع ، أن يحتفظ ببيانات العملية وأن يتحرى بدقة *Verify* كل البيانات التي تتعلق بشخصية وتحديد هوية الآمر، سواء كان هذا الآمر عميلاً أو زبوناً دائماً للبنك *Established Customer* وذلك بالتأكد من اسمه ورقم حسابه، أو عميلاً عابراً *Occasional Customer* وذلك بالتحقق من وثيقة هويته والاحتفاظ ببياناتها(٤٤). كما يتعين على البنك المصدر أن يرسل، مع رسالة التحويل البرقي، كافة المعلومات المتاحة لديه عن العميل وعن ظروف العملية إلى البنك المستقبل أو البنك الوسيط. ولكن لا يلتزم البنك المصدر أن يتحرى أو يتأكد أو يصادق على المعلومات التي تخص المستفيد، ومع ذلك إذا توفرت لديه هذه المعلومات، كان عليه إرسالها مع رسالة التحويل البرقي. ولكن يقع على بنك المستفيد واجب التحقق من شخصية المستفيد النهائي، وذلك إلى أكبر درجة ممكنة وطبقاً للسجلات

(٤٣) المقالة السابقة ، ص ٢٢٦ .

(٤٤) المقالة السابقة ، ص ص ٢٢٧ – ٢٢٨ .

التي يحتفظ بها هذا البنك[٤٥]. كما يجب على البنوك الوسيطة في العملية *Intermediary Banks*، أي تلك البنوك التي تستقبل أوامر التحويل ثم تقوم بإرسالها أو نقلها مرة أخرى إلى بنك وسيط آخر أو إلى بنك المستفيد، أن تحتفظ هي الأخرى بسجلات كاملة عن التحويل وأن تقوم بنقل هذه المعلومات إلى البنك أو البنوك التالية في العملية، ولكن يلاحظ أن البنوك الوسيطة ليس عليها التزام بالتحري عن صحة هذه المعلومات. ومن الجدير بالذكر أن هذه القواعد اللائحية تسري أيضاً على المؤسسات المالية غير المصرفية. كما تنطبق هذه اللوائح على أي عملية تحويل برقي يزيد مبلغها عن ثلاثة آلاف دولار[٤٦].

ولتعزيز أهمية الحصول على المعلومات المتعلقة بهوية المرسل في عملية التحويل البرقي، فلقد ابتكرت *SWIFT* نموذجاً جديداً هو (*MTIO3*) والذي بدأ العمل به من نوفمبر عام ١٩٩٧ . ويعمل هذا النموذج في ظل نظام بث معين، كما يحتوي على كل البيانات المتعلقة بالمرسل والمتلقي أو المستفيد . كما أصدرت *SWIFT* دليل إرشادات للبنوك والمؤسسات المالية لكيفية استخدام نظام التحويلات البرقية[٤٧].

---

(٤٥) المقالة السابقة ، ص ص ٢٢٨ – ٢٢٩ .

(٤٦) المقالة السابقة ، ص ص ٢٢٩ – ٢٣٠ .

(٤٧) راجع :

Bruce Zagaris, A Brave New World : Recent Development in Anti – Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt = Journal of Transnational Law pp. 1023 – 1116 (1999).

٦- استخدام أحدث الوسائل التكنولوجية لتحويل النقود :

إن التكنولوجيا الحديثة واعدة في إحداث ثورة في الممارسات والنظم المصرفية الحالية. ومع نجاح استخدام هذه التكنولوجيا، تزداد بشدة فرص نجاح غاسلو الأموال في القيام بعملياتهم المشبوهة(٤٨). ومن أبرز الوسائل الحديثة في نقل وتحويل النقود : بنوك الإنترنت ونظام الكارت الذكي.

(أ) بنوك الإنترنت :

ومن أهم وأخطر الوسائل التكنولوجية الحديثة ما يعرف بنظام *Cyberbanking* أو البنوك عبر الإنترنت، وهي ليست في الواقع بنوكاً بالمعنى الفني الشائع والمألوف، إذ هي لا تقوم بقبول الودائع مثلاً أو تقديم التسهيلات المصرفية أو غيرها من العمليات المصرفية المعتادة، ولكنها عبارة عن وسيط في القيام ببعض العمليات المالية وعمليات البيوع. فيقوم المتعامل مع *Cyberbanking* بإدخال الشفرة السرية من أرقام أو خلافه وطباعتها على الكمبيوتر *Encryption* ، ومن ثم

- وبصفة خاصة في ص ص ١٠٣١ – ١٠٣٢ .

(٤٨) راجع بصفة خاصة :

Gorson Hutchins , The Electronic Dimension to Money Laundering –The Investigator's Perspective, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control , pp. 233 – 235 (Winter 2000).

يستطيع تحويل الأموال بالطريقة التي يأمر بها الجهاز(٤٩).

وهذه الوسيلة تتيح لغاسلي الأموال نقل أو تحويل كميات ضخمة من الأموال بسرعة وأمان. فهذه البنوك تعمل في محيط من السرية الشاملة، إذ لا يكون المتعاملون فيها معلومي الهوية، أضف إلى ذلك أن هذه البنوك غير خاضعة لأية لوائح أو قوانين رقابية. ويرتفع الأمر إلى أقصى درجات الخطورة إذا علمنا أن الحدود الوطنية ليست عائقاً أمام إجراء أي حجم من المعاملات المالية عن طريق هذه البنوك بطريقة فورية ودون إمكان تعقبها(٥٠).

وعليه، فقد أصبح القيام بمرحلتي الاندماج والترقيد لغسيل الأموال أكثر يسراً وسهولة من خلال هذه الوسيلة التكنولوجية الحديثة (أي التحويل عبر الإنترنت) إذ يتمكن غاسلو الأموال من تحويل أرصدتهم عدة مرات يومياً في أكثر من بنك حول العالم، ومع ذلك يكون تعقبهم أو كشف أمرهم شيئاً مستحيلاً. ومما يزيد الأمر هلعاً أن بنوك عبر الإنترنت *Cyberbanking* يمكن أن تعمل لفترات طويلة مع الانتقال دورياً خارج الحدود الوطنية ودون أن تتوقف وذلك من خلال بعض

---

(٤٩) راجع :

Scott Sultzer, Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٩٥ - ١٩٦ .

(٥٠) المقالة السابقة ، ص ١٩٦ .

الرسـائل الإلكترونيـة السـريعة *Phantom electronic forwarding addresses* وذلك بهدف تجنب أي ملاحقة أو افتضاح لأمرها[٥١].

ولقد كان موضوع بنوك الإنترنت *Cyberbanking* ، لخطورتـه، محط اهتمام الحكومة الأمريكية، والتي قامت في عـام ١٩٩٣ بـاقتراح خطة لإنشاء نظام *Encryption* موحد على مستوى الولايـات المتحـدة الأمريكية يعرف باسـم *Clipper – Chip* لتعميمـه على جميع أجـهزة الكمبيوتر التي تقوم بنقل البيانات. وبمقتضى هذا النظام يمكـن السـماح لإشارات *Encreption* بالمرور عبر الإنترنت وبحيث تحتفـظ الحكومـة الفيدرالية بمفتاح لفك الشفرة للعمليات المشكوك في أمرها والتي تمر عبر شبكة الإنترنت. ولكن هذه الخطة فشلت فجأة، لقيام شـخص أمريكـي بابتكار برنامج آخر يطلـق عليه "بريتي جود بريفسي" أو *"Pretty Good Privacy"* (*PGP*) أو ما يمكن أن يطلق عليه بتصرف "نظام الخصوصيـة المحكم" وهو نظام لا يمكـن لأي شـخص أو لا للحكومـة الفيدراليـة الأمريكية نفسها فك رموزه. ولقد انتشر برنامج *PGP* بصورة كبيرة فـي جميع أنحاء العالم على الإنترنت[٥٢].

ولقد أنشأت الحكومة الأمريكية قوة عمل *Task force* لكي تتعامل مع هذه المشكلة وتواجهها، ويمكن لهذه القوة التعاون والتعامل مع الهيئات الصناعية المختلفة من أجل إيجاد وسائل بديلة فعالة لفك رمـوز *PGP* .

---

(٥١) المقالة السابقة ، ص ١٩٦ .

(٥٢) المقالة السابقة ، ص ص ١٩٦ – ١٩٧ .

ولكـــن لم تنجح إلى الآن مجهـــودات الحكومــــة الأمريكيـــة فـــي هـــذا الخصـــوص(٥٣).

(ب) الكارت الذكي :

وهناك أسلوب تكنولوجي آخر حديث يعرف باســم *Smart Card* أو الكارت الذكي، وهي تكنولوجيا نشأت في إنجلترا وامتد العمل بها فـــي الولايات المتحدة الأمريكية. ويعتبر الكارت الذكي كثير الشـــبه بكـــارت الدين *Debit Card* (٥٤). والفارق بينهما، هو أن الكـــارت الذكـــي يقـــوم بصرف النقود التي كان قد سبق تحميلها من العميل مباشرة إلى القـــرص المغناطيسي عن طريق ماكينـــة تحويـــل آليـــة *Automatic Transfer Machine (ATM)* ، أو أي تليفون مُعَدٌّ لهذا الغرض(٥٥).

ويزيد الأمر خطورة أن للكارت الذكي خاصية الاحتفاظ بملاييـــن الدولارات مخزنة على القرص الخاص به *Chip*. ثم يمكن بسهولة نقـــل

---

(٥٣) المقالة السابقة ، ص ١٩٧ .

(٥٤) في شرح نظام كارت الدين Debit Card ، راجع :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems, Volume 2 (Butterworth Legal Publishing 1990).

وبصفة خاصة في ص ص ٣٤ – ٣٥ من الباب السادس عشر.

(٥٥) :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat It ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٩٧ .

هذه الأموال إلكترونياً على كارت آخر بواسطة التليفون المعـــد لذلــك، وبدون تدخل أي بنك من البنوك. وبهذا يكون نظام الكارت الذكي بمنــأى عن تدخل إشراف أو مراقبة أي جهة[٥٦].

ومن المتوقع أن تكون تكنولوجيا الكارت الذكي مكملـــة لنظــام *Cyberbanking* ، وبذا تكون قد توفــرت لغاســلي الأمــوال الأســاليب المحكمة للقيام بعملياتهم المشبوهة.

---

(٥٦) المقالة السابقة ، ص ١٩٧ .

المطلب الثاني

مسئولية البنوك وغسيل الأموال

بصفة عامة، يمكن تعريف جريمة غسيل الأموال بأنها القيام عن علم بنقل أو تحويل أو إيداع أموال متحصلة عن نشاط غير مشروع أو المساعدة في ذلك، وذلك بقصد إخفاء حقيقة هذه الأموال. ويسري هذا التعريف أيضاً على الحالات التي يتم فيها اكتساب ملكية الأموال المشبوهة أو حيازتها أو استعمالها مع العلم وقت تلقيها أنها متحصلة عن جريمة أو عن المساهمة فيها(٥٧).

---

(٥٧) راجع :

R. E. Bell, Prosecuting the Money Launderers : Who Act for Organised Crime, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 104-112 (Autumn 1999).

وخاصةً في ص ص ١٠٤ – ١٠٥ ؛ راجع كذلك :

Pedro R. David, Mercosur: Organized Crime, Money Laundering and Harmonisation of Legislation, Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 63-65 (Summer 1999); **Michael Levi**, New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 223-232 (Winter 2000)

وقارب أيضاً :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions ……… .

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٣٧ – ٤٣٨ .

وعليه، قد تتعرض البنوك للمسئولية عن تلقيها أو قبولها لأمـوال تعلم عند تلقيها لها أنها متحصلة عن فعل إجرامي أو عنـد حيازتـها أو استعمالها لهذه الأموال بأي شكل من الأشكال.

وفيما يلي نعالج مدى اعتبار البنك مساهماً في النشاط الإجرامـي لغسيل الأموال، ومدى اعتبار البنك مرتكباً لجريمة إخفاء أشياء متحصلـة عن جريمة عند قبوله إيداع الأموال غير النظيفة. ثم نعـرض أخـيراً، لجريمة غسيل الأموال كجريمة مستقلة ومدى إمكان القول بارتكاب البنك لتلك الجريمة.

أولاً - مدى اعتبار البنك مساهماً في غسيل الأموال:

ذهب البعض إلى أن قبول البنك إيداع أو تحويل الأمـوال غـير النظيفة، مع علمه بالجريمة الأولية التي أنتجت الأموال التي تودع لديـه، من شأنه تيسير غسيل الأموال، واعتبار البنك لذلك، مساهماً في النشـاط الإجرامي لغسيل الأموال. ويلاحظ في هذا الخصوص اتساع معنى "العلم" *Knowledge* ، فلا يشترط أن يكون البنك يعلم مباشرةً بعـدم مشـروعية المصدر للأموال المشبوهة، بل يكفـي لتحقيق هذا العلم أن يكـون مـن الممكن استخلاصه من مجموع الظروف الموضوعية التي تحيط بالواقعة نفسها، وذلك فيما إذا كانت العملية المصرفية مثيرة للريبة بصورة جليـة من خلال ظروف الحال(٥٨). ومن ثم ، فإنه يتعين على البنوك، لكـي لا

---

(٥٨) *وعلى سبيل المثال ، أصدر المجلس الوزاري للسوق الأوروبية المشتركة توصية في العاشر مـن* يونيو بأن (العلم) أو (النية) في نشاط غسيل الأموال يمكن أن يستخلص من الظروف الواقعية الموضوعية Objective factual circumstances ، راجع : -

تقع تحت طائلة المسئولية، أن تتخذ التدابير المعقولة للتحقق من هوية الأشخاص المتعاملين معها في عملياتهم المصرفية المتنوعة كفتح الحسابات، والتحويلات، وإيجار الخزائن الحديدية، والتحويلات الإلكترونية للنقود، وإجراء المعاملات النقدية ذات الحجم الكبير، لا سيما وأن هذه العمليات كسائر العلاقات المصرفية تبنى على الثقة والاعتبار الشخصي إلى حدٍ كبير(٥٩). فاتخاذ هذه التدابير من شأنه نفي تورط أو

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug = Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ٢٨٤ . ومع ذلك فيلاحظ أن بعض القوانين لا يشترط "العلم" لقيام الجريمة وإنما يكتفي في ذلك بتوفر وصف الإهمال negligence في سلوك مرتكب الجريمة، راجع:

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime: The Implementation of Anti – Money Laundering Policy, Volume 19 Brooklyn Journal of International Law, pp. 871-965 (1993).

وبصفة خاصة في ص ص ٩٠٨ – ٩٠٩ .

(٥٩) وهذا ما يعرف في العمل المصرفي بمبدأ "اعرف عميلك" أو Know your customer . فمثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا يوجب القانون على البنوك ضرورة إبلاغ الحكومة تلقائياً ببعض المعلومات عن العملاء، إذ تقوم الحكومة عندئذ بمقارنتها بالمعلومات المتوفرة لديها والمخزنة في نظام الكمبيوتر وذلك فيما يخص البيانات المتعلقة بالضرائب وغيرها التي تتعلق بالنشاطات المشبوهة . أما في فرنسا، فإن متطلبات مبدأ "اعرف عميلك" ليست بنفس الشدة التي عليها في الولايات المتحدة، فالقانون الفرنسي يوجب على البنوك الاحتفاظ لبعض السنوات بالمعلومات عن العملاء وعن بعض العمليات المصرفية ولا يوجب نقل هذه المعلومات إلى الحكومة اللهم في حالات وجود تحقيق جنائي في الموضوع، راجع:

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an = International Financial Enforcement Subregime ... .

مساهمة البنك، بأي شكل في النشاط الإجرامي، وبصفة خاصة ، يتعين على البنوك إبلاغ الجهات الحكومية المختصة عن العمليات المشبوهة Suspicious transactions . فإذا لم يحدث هذا الإبلاغ في الوقت المناسب، كان من الجائز اعتبار البنك مسئولاً من الناحية الجنائية(٦٠). وتواجه البنوك مشكلة خطيرة عند قيامها بالتحري حول الاشتباه في عمليةٍ ما. فلو قام البنك بالإبلاغ عن كون العملية مشبوهة ثم تبين بعد إجراء التحقيق لدى الجهات المختصة عدم صحة الشك في هذه العملية، فقد تنعقد مسئولية البنك تجاه العميل(٦١). ولقد حكم في فرنسا بإدانة مديـر أحد البنوك باعتباره مساهماً في جريمة أصلية قام بها أحد العملاء، وكانت عبارة عن جريمة تهريب أوراق نقدية، إذ قام هذا المدير بمساعدة العميل في استبدال بعض الأوراق النقدية الصغيرة بأوراق كبيرة فئة الخمسمائة فرنك حتى تسهل عملية التهريب إلى دولة أخرى. ولقد اعتبر الحكم البنك مساهماً في جريمة تهريب النقد الأجنبي لكونه قد رفض الإفصاح عن شخصية هذا العميل على أساس السر المصرفي، مع أن

- المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٩٠٩ – ٩١٠ .

(٦٠) المقالة السابقة ، ص ٩١٠ .

(٦١) كما تواجه البنوك مشكلة أخرى حال قيامها بالإبلاغ عن العمليات المشبوهة . فلو قامت البنوك بإبلاغ السلطات المختصة بمعلومات تفصيلية عن العميل ، فقد تنعقد مسئوليتها أمام هذا العميل عن إخلالها بعلاقة الثقة والسرية المصرفية . وفي نفس الوقت لو أن البنوك حجبت بعض المعلومات عن السلطات المختصة ، فقد تتهم بعرقلة التحقيق وبالتعاون مع غاسلي الأموال . راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions ....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٥٨ – ٤٥٩ ، وأيضاً في ٤٦٣ .

مدير البنك كان يعلم بحقيقة العملية التي دفعت بالعميل إلى استبدال الأوراق النقدية[٦٢].

وبصفة عامة، تتخذ المساهمة الجنائية واحدة من ثلاث صور: فهي إما أن تكون في شكل التحريض، أو في شكل الاتفاق الجنائي، أو في شكل المساعدة[٦٣]. ومن الصعب تصور مساهمة البنك في الجريمة بالتحريض أو بالاتفاق. ولكن التساؤل يرد بالذات على مدى إمكان اعتبار البنك مساهماً في صورة المساعدة بما يقوم به من تزويد العميل بالوسيلة التي تيسر له جني ثمار جريمته.

ويذهب الرأي الراجح في فقه القانون الجنائي إلى صعوبة اعتبار البنك مساهماً في جريمة غسيل الأموال حتى في صورة المساعدة ، وذلك من ناحيتين:

فمن ناحية أولى، يراعى أن فعل المساهمة الجنائية يتعين أن يكون سابقاً أو على الأقل معاصراً للجريمة الأصلية . ومن هذه الزاوية

---

(٦٢) :

Tribunal de Grande instance de LAURE, 4 November (1971) p. 276 note C. CAVALDA.

كما هو مذكور ومشار إليه في مؤلف: **الدكتور سليمان عبدالمنعم** ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة (دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية ١٩٩٩) في ص ٤٢ .

(٦٣) راجع في صور الركن المادي للمساهمة التبعية : **الدكتور علي القهوجي** ، شرح قانون العقوبات – القسم العام (الكتاب الأول – النظرية العامة للجريمة ١٩٩٧) وخاصةً في ص ٤٦٢ – ٤٧٥ ؛ **الدكتور محمد زكي أبو عامر** ، قانون العقوبات – القسم العام (دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٦) ص ص ٤٠٢ – ٤١٣ .

يصعب القول بأن فعل البنك يشكل مساهمة في الجريمة، ذلك أن الجريمة الأولية أو الأصلية تقع قبل قبول البنك للأموال غير النظيفة. ومن ثـم لا يمكن اعتبار نشاط البنك - بقبوله إيداع الأموال - على أنه السبب المنشئ للجريمة الأصلية التي نتجت عنها الأموال غير النظيفـة. وحتـى علـى الافتراض الجدلي، بأن هناك حالات قد توجد لتواطؤ البنك مع مرتكبـي جرائم غسيل الأموال، إلا أن هذا التواطؤ - إن وجد - لا يرقى إلى حـد السبب في الجريمة وخاصةً إذا كان لاحقاً لمجرد تأمين ثمـار الأمـوال المتحصلة عن الجريمة(٦٤).

ومن **ناحية ثانية**، لمّا كانت المساهمة الجنائيـة تقتضـي مـن المساهم اتخاذ فعل إيجابي، فإنه يصعب القول بوجود مسـاهمة جنائيـة للبنك إذا انحصر دوره في مجرد الامتناع عن تحري مصـدر الأمـوال المشبوهة أو كيفية استخدام الحساب المصرفي. ذلك أن الأخذ بعكس هـذه الرأي من شأنه انعقاد مسئولية البنك - باعتباره مسـاهماً فـي الجريمـة الأصلية - عن كل استخدام للحساب المصرفي من جانب العميل أو عـن كل إيداع لأموال ذات مصدر مشبوه، حتى ولو لم ينسب أي تواطؤ مـن

(٦٤) في نفس المعنى، أنظر : **الدكتور سليمان عبدالمنعم**، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأمـوال غير النظيفة، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٤٦، وكذلك ص ٤٨ . كما يقرر فقه القـانون الجنائي أن الأصل " في القانون أن الاشتراك في الجريمة لا يتحقق إلا إذا كان التحريـض أو الاتفاق سابقاً على وقوعها، وأن تكون المساعدة سابقة أو معاصرة لها، وأن يكون وقـوع الجريمة ثمرة لهذا الاشتراك " أنظر : **الدكتور محمد زكي أبو عامر**، قانون العقوبات - القسم العام، المرجع المشار إليه سـابقاً، ص ٤١٠ ؛ كذلك في نفس المعنى : **الدكتـور علـي القهوجـي**، شرح قانون العقوبات، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٤٧٤ .

البنك مع العميل، وبما يخل بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[٦٥]. أضف إلى ذلك أن إخفاق البنك في واجب التحري عن مصدر الأموال المشبوهة لا يكفي لاعتباره شريكاً أو مساهماً في الجريمة التي تحصلت عنها تلك الأموال، ليس فقط لأن مجرد الإخلال بواجب التحري في ظل غياب نص يعاقب عليه لا يرقى إلى حدِ السلوك الإيجابي في حالة الاشتراك، ولكن لأن سلوك البنك لم يكن مؤثراً في نشأة الجريمة، وإنما توقف عند آثارها فقط[٦٦].

ثانياً - مدى اعتبار البنك مرتكباً لجريمة إخفاء أشياء متحصلة عن جريمة عند قبوله إيداع الأموال غير النظيفة لديه:

يعاقب القانون المصري كل من أخفى أشياء مسروقة أو متحصلة عن جناية أو جنحة مع علمه بذلك، إذ تنص المادة ٤٤ مكرر من قانون العقوبات على أن "**كل من أخفى أشياء مسروقة أو متحصلة من جناية أو جنحة مع علمه بذلك يعاقب بالحبس مع الشغل لمدة لا تزيد على سنتين. وإذا كان الجاني يعلم أن الأشياء التي يخفيها متحصلة من جريمة عقوبتها أشد حكم عليه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة**".

---

(٦٥) **الدكتور سليمان عبدالمنعم**، المرجع السابق، ص ص ٤٥ -٤٦، وفي ضرورة أن يكون فعل المساهم إيجابياً، راجع: **الدكتور محمد زكي أبو عامر**، قانون العقوبات - القسم العام، المرجع السابق، ص ٤١٠؛ ومع ذلك يذهب جانب من الفقه إلى أنه يمكن أن تقع المساهمة بالمساعدة بسلوك سلبي، راجع: **الدكتور علي القهوجي**، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٤٧٣.

(٦٦) **الدكتور سليمان عبدالمنعم**، المرجع السابق، ص ٤٩.

والركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في فعل الإخفاء والذي يتسع ليشمل أي شكل لحيازة الأشياء، كما لا يلزم أن تكون الحيازة بنية التملك، فيكفي لتوافرها مجرد اتصال يد الشخص بالشيء المسروق لاعتباره مخفياً، كما لو كان غرضه الانتفاع به، وليس تملكه(٦٧).

ويذهب البعض إلى انطباق ركن الإخفاء على سلوك البنك الذي يقبل إيداع أموال وهو يعلم حقيقة مصدرها غير المشروع. ويذهب جانب آخر إلى إنكار اعتبار البنك حائزاً لهذه الأموال، إذ أن حيازته هي في الواقع لصالح العميل . فيظل التصرف في المال أو توجيه حركة الحساب للعميل وحده دون غيره، أما البنك، فلا يتجاوز دوره تسجيل العملية المصرفية للعميل. ولكن قد يرد على ذلك، بأن البنك حتى في هذه الحالة الأخيرة يعتبر منتفعاً بالأموال المودعة لديه(٦٨).

كما يرى البعض إلى أنه من الصعب تصور اعتبار البنك مرتكباً لجريمة إخفاء أشياء متحصلة عن جريمة، إذ لا يكفي مجرد علم البنك بالمصدر غير المشروع للأموال لكي تقوم في حقه الجريمة. ذلك "أنه إذا كانت (الحيازة) هي جوهر سلوك الإخفاء، فمن المشكوك فيه - كما يرى البعض اعتبار المصرف حائزاً بالفعل للأموال أو الأصول المودعة لديه. فالمصرف إذ يقبل الأموال أو الشيكات المقدمة من أحد العملاء فإنه لا

---

(٦٧) راجع في هذه الجريمة على وجه الخصوص : **الدكتور عبدالعظيم مرسي وزير** ، المركز القانوني لحائز المنقول المتحصل من جرائم الأموال – دراسة تحليلية تأصيلية (دار النهضة العربية ١٩٨٧) ، وخاصةً في ص ١٥٣ وما بعدها .

(٦٨) في عرض هذه الآراء ، راجع : **الدكتور سليمان عبدالمنعم** ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٦٢ – ٦٣ .

يفعل ذلك إلا لكي يسجل في التو هذه الشيكات في الجانب الدائن في الحسابات المصرفية المستفيدة منها . والمصرف ملزم بالتصرف على هذا النحو، وإلا فإنه - كما يرى - البعض - قد يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة - إذا لم يتقيد بإرادة المودع في كيفية التصرف في هذه الأموال المودعة لديه"[٦٩]. فالبنك إذ يقبل الودائع، فإنه لا يحوزها باسمه ولحسابه وإنما تظل هذه الأموال مودعة باسم العميل ومملوكة له، فهو حائز للأموال المودعة بموجب عقد أشبه بعقد الوديعة، وإن هو خالف التزاماته العقدية أمكن اعتباره مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة [٧٠]. ويستخلص من ذلك أن الأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع المودعة لدى البنك تظل في حوزة أصحابها وليست في حوزة البنك. ولا يطعن في ذلك إمكان توافر علم البنك بالمصدر غير المشروع للأموال، لأن مجرد العلم لا يغني عن توافر السلوك المادي لكي تقوم الجريمة[٧١].

والحقيقة أنه لا يسعنا إلا أن نرفض التحليل المتقدم، ليس فقط لأنه يخالف أصول العمل المصرفي بل وكذلك يتعارض مع صريح نصوص القانون التجاري. ذلك أنه من المُسلَّم به أنه في عقد الوديعة النقدية تنتقل ملكية المال إلى البنك، وإن كان يلتزم برد مثله بمجرد الطلب أو في ميعاد استحقاق الوديعة وطبقاً للعقد مع العميل . إذ تنص المادة ٣٠١ من قانون التجارة الجديد على أن " **وديعة النقود عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه مع**

---

(٦٩) المرجع السابق ، ص ٧٣ .

(٧٠) المرجع السابق ، ص ٧٣ .

(٧١) المرجع السابق ، ص ٧٤ .

التزامه برد مثلها للمودع طبقاً لشروط العقد ". وعليه، تكون ملكية الأموال المودعة للبنك ويحق له استخدامها والتصرف فيها كما يشاء وبصفة خاصة في عمليات الإقراض، ولا يعد البنك لذلك خائناً للأمانة[٧٢]. كما يترتب على ذلك أيضاً أنه " **إذا هلكت الوديعة النقدية بقوة قاهرة كما إذا احترق البنك المودع لديه أو استولى عليها العدو في حرب مثلاً، كان الهلاك على البنك لأنه مالك لها، وإذا أفلس البنك اعتبر المودع دائناً عادياً في التفليسة فلا يجوز استردادها بذاتها من التفليسة"** [٧٣].

وعلى الرغم من إمكانية توافر ركن الحيازة لتكوين السلوك المادي الذي تقوم به جريمة إخفاء أشياء متحصلة من مصدر غير مشروع، إلا انه يصعب، مع ذلك، تصور قيام هذه الجريمة في حق البنك. إذ تعتبر هذه الجريمة عمدية ولا تقع بمجرد الإهمال. ذلك أن البنوك قد تهمل في الكشف عن حقيقة المصدر غير المشروع للأموال المشبوهة، إلا أن هذا الإهمال لا يكفي لاعتبار سلوك البنك مكوناً لهذه الجريمة[٧٤]. كما يصطدم الرأي القائل بتجريم سلوك البنك على أساس

---

(٧٢) راجع في ذلك : **الدكتور مصطفى كمال طه** ، القانون التجاري (دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٩) وبصفة خاصة في ص ص ٥٠٤ – ٥٠٥ ؛ **الدكتورة سميحة القليوبي** ، الأسس القانونية لعمليات البنوك (مكتبة عين شمس – القاهرة ١٩٩٢) في ص ص ١٨ – ١٩ ؛ **الدكتور إدوارد عيد** ، العقود التجارية وعمليات المصارف (مطبعة النجوى – بيروت ١٩٦٨) في ص ٥١٨ .

(٧٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون التجاري ، ص ١٠١ .

(٧٤) ولا تعرف بعض القوانين ، **كالقانون الكويتي** ، جريمة خاصة ومستقلة للعقاب على إخفاء أشياء متحصلة عن جريمة أو من مصدر غير مشروع. وإن كان من الجائز عقاب هذا =

جريمة إخفاء أشياء متحصلة من مصدر غير مشروع بمبـدأ هـام مـن مبادئ العمل المصرفي وهو مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري(٧٥). ذلـك أن مفردات هذا الحساب تعتبر وحدة واحدة تتداخل فيما بينها، ولا يمكـن فصلها عن بعضها البعض ودون النظر إلى ذاتيتها أو خصائصـها قبـل القيد في الحساب(٧٦). وبعبارة أخرى، تندمج بنود الحساب الجاري في كلٍ غير قابل للتجزئة، ولا يجوز كقاعدة عامة استخراج أحد بنود الحسـاب

= الفعل على أساس وصف آخر، فيتميز القانون الجزائي الكـويتي عن غيره مـن القوانـين العربية، كالقانون المصري ، بأن الاشتراك (المساهمة) كما قد يكون سابقاً على الجريمة، فإنـه قد يكون كذلك لاحقـاً عليها. وعليه، قد يعتبر شريكاً ومسـاهماً في الجريمـة الأصليـة، كجريمة المخدرات أو إحدى جرائم الأمـوال، الشخص الذي يخفـي هـذه الأمـوال المتحصلة عن الجريمة التي ارتكبها فاعلها الأصلـي، ولكن بشرط أن يكون هذا الشـخص عالمـاً بان هذه الأموال متحصلة عن جريمة . راجع في ذلك : ظاهـرة غسـيل الأمـوال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، حلقة نقاشية ، المشار إليها سابقاً، ص ٣٦١ . أمـا القـانون المصري فيفترض أن نشاط المسـاهم كان معاصراً للتنفيـذ من أجـل تحقيـق النتيجـة الإجرامية. فالأصل أن الاشتراك في الجريمة لا يتحقق إلا إذا كان التحريض أو الاتفـاق قـد سـبق وقوعها، وأن تكون المساعدة سابقة على الجريمة الأصلية أو على الأقـل معاصرة لهـا وأن يكون وقوع الجريمة أثر لهذا الاشتراك سـواء كانت هذه الجريمة وقتيـة أم مسـتمرة ، راجع في ذلك **الدكتور محمد زكـي أبو عامر** ، قانون العقوبات – القسم العـام .... المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٤١٠ ؛ وفي نفس المعنى، راجع : **الدكتور علي عبد القـادر القهوجـي**، شرح قانون العقوبات – القسم العام ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٤٧٤ – ٤٧٥ .

(٧٥) راجع في تعريف الحساب الجاري: **الدكتور مصطفى طه**، القانون التجاري ، المشـار إليـه سابقاً في ص ٤٨٦ وما بعدها ؛ **الدكتورة سميحة القليوبي**، الأسس القانونية لعمليات البنوك، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ١٧٣ ، وما بعدها .

(٧٦) **الدكتورة سميحة القليوبي** ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ ، وما بعدها .

لترتيب آثار قانونيـــة عليه استقلالاً عن الحساب في مجموعه[٧٧] وينبنـي على ذلك اختلاط الأموال كمدفوعات لتصبح مجرد بنود فـــي الحســـاب، وعلى نحوٍ يصعب معه فصل الأموال المشبوهة عن الأمـــوال النظيفـــة. وبالتالي يصعب ملاحقة أو مساءلة البنك على أساس جريمة إخفاء أشـــياء متحصلة من جريمة أو مصدر غير مشروع لذوبان الأموال غير النظيفـة في نفس البوتقة مع الأموال النظيفة[٧٨].

ثالثاً - تجريم نشاط غسيل الأموال:

١- ماهية جريمة غسيل الأموال:

يذهب المشرع الوطني في بعض الدول إلى تجريم نشاط غســـيل الأموال في ذاته[٧٩]. **والركن المادي لهذه الجريمـــة يتمثـــل فـــي ثلاثـــة**

---

(٧٧) قارب : المرجع السابق ، ص ص ٢٠٤ — ٢٠٥ .

(٧٨) في نفس المعنى : **الدكتور سليمان عبدالمنعم** ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأمـــوال غـــير النظيفة ... ... ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٧٦ .

(٧٩) ومن أبرز الدول التي قامت بتجريم نشـــاط غسيل الأموال في ذاتـــه : الولايـــات المتحـــدة الأمريكية ، فرنسا ، سنغافورة . راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions ... .

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٥٦ — ٤٦٥ ؛

Tan Sin Liang, Singapore New Money Laundering Law under the Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act, Volume 3 No. 3 Journal of = Money Laundering Control, pp. 260-265 (Winter 2000).

عناصر. **العنصر الأول** هو الجريمة الأولية أو الأصلية التي أنتجت الأموال غير النظيفة، مثل جرائم المخدرات ، جرائم الابتزاز وجرائم السطو المسلح ... ... الخ. أما **العنصر الثاني** فهو السلوك المكون للجريمة والذي يتمثل في حيازة أو اكتساب أو استخدام الأموال المتحصلة عن الجريمة الأصلية. وذلك مثل قبول البنك ودائع أو أموال مع علمه بمصدرها غير المشروع. كما قد يتمثل السلوك المكون للجريمة في نقل أو تحويل عائدات الأموال غير النظيفة بقصد التمويه على مصدرها غير المشروع. و**العنصر الثالث** هو محل الجريمة أي الأموال أو عائدات النشاط غير المشروع[٨٠].

أما **الركن المعنوي**، فيتمثل في العلم بمصدر الأموال غير المشروع. وجريمة غسيل الأموال جريمة عمدية لا تتوفر إلا بانصراف إرادة الشخص إلى ارتكابها، كما يتعين توافر علم الجاني بكون الأموال أو العائدات التي يحصل تحويلها أو حيازتها أو إخفائها هي من مصدر غير مشروع[٨١].

- وصدر هذا القانون في سنغافورة في عام ١٩٩٩ ، وهو يجرم جريمة غسيل الأموال بصفة خاصة ، ويفرض غرامة على المؤسسات المالية التي تتورط في عمليات غسيل الأموال مقدارها ٢٠٠,٠٠٠ دولار سنغافوري وذلك عند عدم إخطارها عن العمليات المشبوهة التي تزيد قيمتها عن عشرة آلاف دولار سنغافوري . راجع المقالة المذكورة أخيراً ، في ص ٢٦١ .

(٨٠) في شرح الركن المادي لجريمة غسيل الأموال في القانون الفرنسي ، راجع : **الدكتور سليمان عبدالمنعم** ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١١٤ – ١٣٣ .

(٨١) في شرح الركن المعنوي لجريمة غسيل الأموال في القانون الفرنسي ، راجع : المرجع السابق، ص ص ١٣٥ – ١٥٤ .

ويلاحظ أن جريمة غسيل الأموال من الجرائم المستمرة. ويترتب على ذلك أن الركن المعنوي للجريمة يتوافر متى علم الشخص بمصدر الأموال غير المشروع في أية لحظة، حتى ولو كان العلم لاحقاً لحيازته لهذه الأموال، أي حتى ولو كان حسن النية وقت اكتسابه أو حيازته للأموال ذات المصدر غير المشروع. ومع ذلك، فإن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ تأخذ بغير ذلك، إذ تستلزم توافر العلم وقت تسليم الأموال فقط، ومن ثم تنتفي جريمة غسيل الأموال وفقاً لاتفاقية فيينا إذا كان الشخص حسن النية وقت تسلمه أو حيازته للأموال حتى ولو توافر فيما بعد علمه بالمصدر غير المشروع للأموال(٨٢).

٢- تجريم غسيل الأموال على المستوى الدولي :

إدراكاً من المجتمع الدولي للآثار السلبية لظاهرة غسيل الأموال على الاقتصاديات الوطنية وعلى الاقتصاد الدولي بصفة عامة، فلقد توالت الجهود الدولية من أجل الحد من هذه الظاهرة والعقاب عليها وضبط المنحرفين الذين يسهمون فيها.

وأبرز الجهود الدولية التي بذلت في هذا الخصوص ما يلي:

(أ) اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٨، في أغسطس سنة ١٩٩٠ والتي أصبحت نافذة على المستوى الدولي في الحادي عشر من نوفمبر لعام ١٩٩٠ بعد أن صدقت عليها سبع وعشرون دولة وقد بلغ عدد الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية ١١٩ دولة حتى

---

(٨٢) راجع المادة الثالثة من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ .

نوفمبر ١٩٩٥، ولم تتحفظ أية دولة على ما تضمنته هذه الاتفاقية من أحكام متعلقة بغسيل الموال[٨٣].

(ب) توصيات بازل لسنة ١٩٨٨ ، والصادرة عما يعرف بمجموعة العشرة (وهي البنوك المركزية وبعض المؤسسات المالية ذات الطابع الإشرافي) التي اجتمعت في بازل بسويسرا عام ١٩٨٨. وتضمنت هذه التوصيات العديد من المبادئ التي يتعين على المصرفيين اتباعها لكي يتم السيطرة على ظاهرة غسيل الأموال بل ومنع استخدام البنوك كوسيلة لتسهيل إخفاء أو تنظيف الأموال[٨٤].

(ج) توصيات مجموعة السبعة *G 7* ، والتي أسفرت عن إنشاء مجموعة عمل خاصة *FINANCIAL ACTION TASK FORCE* *(FATF)* لاتخاذ خطوات فعالة ضد ظاهرة غسيل الأموال. ولقد

---

(٨٣) أنظر : ... ... Money Laundering Convention, من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٨ ؛ كذلك راجع:

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٤١ – ٤٤٢ ؛

(٨٤) ومن أهم ما قررته لجنة بازل أنه على الرغم من أن البنوك ليس عليها التزام عام بالتحقق من مشروعية كل عملية مصرفية تقوم بها ، إلا أنها لا يجب أن تقف موقفاً سلبياً في حالة استخدام النظام البنكي لأغراض إجرامية وإلا اهتزت الثقة في البنوك . وعليه ، ينبغي على البنوك بذل أقصى درجات العناية والجهد للتعرف على هوية المتعاملين معها ، وكما يجب على البنوك التعاون مع السلطات المختصة للكشف عن العمليات المريبة . راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٤٤ –٤٤٥ .

أقرت هذه المجموعة أربعين توصية في هذا الخصوص، يعرض بعضها لمدى مسئولية البنوك عن غسيل الأموال، وما يتعين على البنوك اتخاذه من تدابير للحد من هذه الظاهرة. وقد انضم إلى مجموعة العمل المذكورة في عام ١٩٩١ ثلاثون دولة منها دولة الكويت ودول مجلس التعاون الخليجي(٨٥).

---

(٨٥) انظر :

Money Laundering Convention ... ...

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، المشار إليه سابقاً ، ص ١٩ ، وما بعدها. وهناك جهود أخرى على المستوى الإقليمي ، لا تقل في الأهمية عن الجهود الدولية . فعلى سبيل المثال قامت الجماعة الأوروبية European Community (EC) بمجهودات لمكافحة غسيل الأموال ، إذ اقترحت لجنتها أي لجنة الجماعة الأوروبية لائحة إرشادية في فبراير عام ١٩٩٠ لتسري على جميع الدول الأعضاء . وتوجب هذه اللائحة على المؤسسات المالية إبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة وتنظيم عمليات صرافة العملات الأجنبية . ولقد تبنى المجلس الوزاري للجماعة الأوروبية النص النهائي لهذه اللائحة في العاشر من يونيو عام ١٩٩١ . ومن جهة أخرى ، تبنت منظمة الدول الأمريكية The Organization of American States لوائح نموذجية لمكافحة غسيل الأموال المتعلقة بجرائم المخدرات والجرائم المرتبطة بها وذلك في مايو عام ١٩٩٢ . ولقد شددت هذه اللوائح على المؤسسات المالية بضرورة مكافحة غسيل الأموال وتوسعت إلى حدٍ كبير في فرض هذه الالتزامات على البنوك التجارية وبنوك الادخار وسماسرة الأوراق المالية ومكاتب صرف الشيكات والكمبيالات وغيرها . كما ألزمتها بإبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة ودون إعلام العملاء عن ذلك . كما قررت هذه اللوائح نظاماً للإقرار عن مبالغ العمليات المصرفية التي يودعها العملاء في البنوك وخروجاً على مقتضيات السرية المصرفية . راجع في ذلك :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ص ٤٤٩ – ٤٥٧ .

والواقع أن التقرير الذي أصدرته مجموعة العمل هذه له أهمية كبرى باعتباره وثيقة دولية سوف تؤدي بلا جدل إلى إحداث بعض التغييرات في الممارسات المصرفية، والتي ستؤكد دور البنوك في مقاومة ومواجهة عمليات غسيل الأموال.

وسوف نقوم بعرض مبادئ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية أو ما تعرف باسم (اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨).

(١) تجريم كافة صور نشاط غسيل الأموال وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ :

هناك ثلاث صور للسلوك المكون لجريمة غسيل الأموال طبقاً لاتفاقية فيينا وهي كما تقضي المادة ١/٣ (أ) :

١- تحويل أو نقل الأموال مع العلم بأنها متحصلة عن جريمة مرتبطة بتجارة المخدرات أو أي فعل يجعل فاعله شريكاً في مثل هذه الجرائم، كنقل المخدرات، استيرادها، تصديرها، السمسرة فيها، توزيعها .... الخ. كذلك الأفعال التي يكون من بين أغراضها إخفاء الأصل غير المشروع للأموال أو مساعدة أي شخص في ارتكاب مثل هذه الجرائم للهرب من التبعات القانونية(٨٦).

---

(٨٦) انظر :

Money Laundering Convention ... ...

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت)، المشار إليه سابقاً، ص ص ٢٨ – ٢٩.

٢- إخفاء أو كتمان أو إضفاء مظهر كاذب للتمويه على حقيقة الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها وإيداعها وحركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها مع العلم بأنها مستمدة من إحدى الجرائم المنصوص عليها سابقاً أو مستمدة من فعل ناشئ عن الاشتراك في مثل هذه الجرائم(٨٧).

٣- اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال مع العلم وقت تسلمها بأن مستمدة من إحدى الجرائم السابقة أو مستمدة من فعل من أفعال الاشتراك فيها(٨٨).

وطبقاً للمادة الثالثة فقرة أولى من الاتفاقية، فإن جريمة غسيل الأموال هي جريمة عمدية، فلا يتصور وفقاً لهذه الاتفاقية وقوعها بطريق الإهمال أو الخطأ. إذ يتعين أن يكون إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال ...... مع العلم بأنها مستمدة من إحدى الجرائم التي نصت عليها الاتفاقية، كما أن تحويل أو نقل الأموال يجب أن يكون مع العلم بكونها مستمدة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية وبهدف إخفاء أو تمويه مصدرها غير المشروع، أو بقصد مساعدة أي شخص متورط فيها للإفلات من العواقب القانونية، وأخيراً فان اكتساب أو استخدام الأموال يجب أن يكون مقترناً بالعلم عند تسلمها بكونها مستمدة من إحدى الجرائم المذكورة في الاتفاقية. ويلاحظ بشأن تجريم هذه الصورة الأخيرة، أن الاتفاقية قد جعلت استخدام عوائد النشاط الغير مشروع جريمة وقتية

---

(٨٧) المرجع السابق ، ص ٢٩ .

(٨٨) المرجع السابق ، ص ٢٩ .

وليست مستمرة، إذ اشترطت توافر العلم بالمصدر غير المشروع للأموال في الوقت الذي يحصل في تسليمها[٨٩].

(٢) الجوانب الإجرائية لمكافحة نشاط غسيل الأموال وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ :

جريمة غسيل الأموال، غالباً ما تكون ذات طابع دولي، إذ أن نشاط غسيل الأموال عادةً ما يعبر الحدود الوطنية مما يدعو إلى تحديث آليات الملاحقة الجنائية ودعم التعاون الدولي للمساعدة في قمع وضبط هذا النشاط.

وعليه، أولت اتفاقية فيينا التعاون الدولي أهمية بالغة بهدف ملاحقة جرائم غسيل الأموال. كما دعت الاتفاقية إلى تطويع مبدأ سرية الحسابات المصرفية حتى لا يكون عائقاً في سبيل ملاحقة مرتكبي نشاط غسيل الأموال[٩٠]. كما تبنت الاتفاقية إجراءات لمصادرة الأموال غير المشروعة، وكذلك إجراءات لتسليم المجرمين، وإجراءات لتجميد الأموال أي فرض الحظر المؤقت على نقلها أو تحويلها أو التصرف فيها أو

---

(٨٩) المرجع السابق ، ص ص ٣٩ – ٤٠ .

(٩٠) المرجع السابق، ص ٢٩ ؛ وراجع المادة السابعة – الفقرة الخامسة من الاتفاقية ؛ كذلك:

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٨٨٣ – ٨٨٤ .

تحركها أو وضع اليد أو الحجز عليها بصورة مؤقتة بمقتضى أمر صادر من محكمة أو سلطة مختصة(٩١).

ولما كان نشاط غسيل الأموال ذا طبيعة دولية، فإن مسألة تحديد الاختصاص للعقاب عليه تبدو في غاية الدقة والصعوبة. فقد يقع النشاط الدولي والمتمثل في الجريمة الأصلية (تجارة المخدرات مثلاً) على إقليم دولة معينة، بينما يقع النشاط التبعي (أي غسيل الأموال) على إقليم دولة أخرى. فلأي دولة ينعقد الاختصاص؟ أينعقد الاختصاص لدولة النشاط الإجرامي الأصلي، أم ينعقد لدولة النشاط الإجرامي التبعي ؟

اعتنقت اتفاقية فيينا مبدأ الإقليمية للاختصاص بمحاكمة نشاط غسيل الأموال، فسواء وقعت جريمة غسيل الأموال على إقليم الدولة أو على متن سفينة ترفع علمها أو طائرة مسجلة فيها وقت حصول الجريمة، انعقد الاختصاص لمحاكم تلك الدولة(٩٢). وفي نفس الوقت، تبنت الاتفاقية مبدأ الشخصية في شقه الإيجابي، فأجازت انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يقع في إقليمها محل الإقامة المعتاد للشخص مرتكب الجريمة(٩٣). كما خولت الاتفاقية للدولة التي يوجد على إقليمها مرتكب الجريمة ملاحقته إذا كان يمتنع عليها تسليمه لدولة أخرى، إما لكون

---

(٩١) المادة الخامسة من اتفاقية فيينا . انظر كذلك :

Duncan E. Alford, *Anti – Money Laundering Regulations* ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٤٣ – ٤٤٤ .

(٩٢) المادة الرابعة ، فقرة (١) (أ) من اتفاقية فيينا .

(٩٣) المادة الرابعة ، فقرة (١) (ب) من اتفاقية فيينا .

الجريمة قد ارتكبت على إقليمها أو على متن سفينة ترفع علمها أو علـــى متن طائرة مسجلة وفقاً لقوانينها وقت ارتكاب الجريمـــــة، وإمـــا لكـــون الشخص المنسوب إليه ارتكاب الجريمة هو أحد مواطنيها(٩٤).

وفي كل الأحوال، لم تستبعد الاتفاقيـــة ممارســـة الاختصــــاص الجنائي الذي تقرره أي دولة عضو وفقاً لقوانينها الوطنية(٩٥).

وفي مجال تسليم المجرمين، اعترفت الاتفاقيـــة بســـلطة الدولـــة المطلوب فيها التسليم بحيث لم تعد تقتصر على تغليب أحكـــام تشـــريعها الوطني، بل خولتها سلطة تقديرية في رفض طلب التسليم عنـــد وجـــود دواع كافية تؤدي إلى اعتقاد سلطاتها المختصة بأن الاســـتجابة لطلـــب التسليم من شأنه ملاحقة أو معاقبة شخص ما على أساس عرقي أو دينـــي أو بسبب جنسيته أو معتقداته السياسية(٩٦). ولما كان عدم التسليم قد يؤدي إلى حصول نتائج سلبية كهروب المجرم بفعلته، فلقد خولـــت الاتفاقيـــة الدولة المطلوب فيها التسليم سلطة تنفيذ العقوبات في مواجهة الشـــخص المطلوب تسليمه عند رفضها هذا التسليم. وإذا كان رفض التسليم مبنيـــاً على أساس أن الشخص المطلوب تسليمه من مواطني الدولة المطلـــوب فيها التسليم، فإن هذه الدولة الأخيرة يكون لها تنفيذ العقوبة في مواجهـــة المتهم، ولكن ذلك مشروط بأن يتم بناءً على طلب الدولة طالبة التســـليم وبشرط أن يسمح بذلك قانون الدولة المطلوب فيها التســـليم وأن يتعلـــق

---

(٩٤) المادة الرابعة ، فقرة (٢) من اتفاقية فيينـــا .

(٩٥) المادة الثالثة ، فقرة (٤) من اتفاقية فيينـــا .

(٩٦) المادة السادسة من اتفاقية فيينـــا .

الأمر بتنفيذ العقوبة المحكوم بها بموجب قانون الدولة طالبة التسليم أو بما يتبقى من تلك العقوبة(٩٧).

وعلى جانب آخر، فلا يجوز – طبقاً لاتفاقية فيينا – لأية دولة عضو أن تمتنع عن تقديم المساعدة القانونية المتبادلة بحجة سرية الحسابات أو المعاملات المصرفية. ولقد حثت الاتفاقية الدول الأعضاء على تبادل المساعدة القانونية في مجالات عديدة كأخذ شهادة الأشخاص وإقراراتهم، تبليغ الأوراق القضائية وإجراءات التفتيش والضبط، تفقد المواقع، فحص الأشياء، التزويد بالمعلومات والأدلة، توفير النسخ الأصلية أو الصور المصدق عليها من المستندات والسجلات بما في ذلك السجلات المصرفية أو المالية أو سجلات الشركة، وكذلك تحديد المتحصلات أو الأموال أو الوسائط أو غيرها من الأشياء أو اقتفاء أثرها لأغراض الحصول على أدلة(٩٨). كما دعت الاتفاقية إلى تعاون الدول الأعضاء للكشف عن هوية الأشخاص المشتبه في تورطهم في الجرائم المشار إليها، وكشف الأموال المتحصلة من تلك الجرائم ووسائل إخفاء هذه الأموال(٩٩).

---

(٩٧) المادة السادسة من اتفاقية فيينا .

(٩٨) المادة السابعة من اتفاقية فيينا .

(٩٩) المادة التاسعة من اتفاقية فيينا . كما يجوز طبقاً للمادة الخامسة من ذات الاتفاقية أن تعطي كل دولة متعاقدة لمحاكمها سلطة إصدار الأمر بتحريز السجلات والمستندات المالية في أي تحقيق يتعلق بعملية غسيل الأموال .

(٣) **تجريم نشاط غسيل الأموال على المستوى الوطني :**

اتجه المشرعون في كثير من الدول إلى تجريم غسيل الأموال. فأصبح نشاط غسيل الأموال جريمة قائمة بذاتها، لها أركانها وعقوبتها وجزاؤها . ولا ريب أن هذه خطوة جريئة وهامة في سبيل مكافحة غسيل الأموال باعتباره من النشاطات الخطيرة والمدمرة للاقتصاديات الوطنية. ومن أمثلة الدول التي أصدرت قوانين لمكافحة غسيل الأموال: **الولايات المتحدة الأمريكية ، فرنسا ، إنجلترا ، بعض دول أمريكا الجنوبية مثل الإكوادور وأرجواي ، استراليا ، اليابان ، هونج كونج ، ألمانيا ، سنغافورة ، النمسا** (١٠٠) . وعلى جانب آخر عارضت بعض الدول، التي تتبنى نظام السرية المطلق للحسابات المصرفية، سَنَّ قوانين خاصة للعقاب على نشاط غسيل الأموال في ذاته، لدرجة أن رئيس جمعية المصارف اللبنانية أعلن " **أن السرية المصرفية لن يتم رفعها مهما كانت الأسباب حتى ولو طلب القضاء ذلك بالنسبة لأحد الحسابات المصرفية ولو كان هذا الحساب مشكوكاً فيه أو دخلته أموال مشبوهة** " (١٠١) . ومن أمثلة الدول التي لم تسن أي قوانين لمكافحة

---

(١٠٠) راجع :

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime: The Implementation of Anti – Money Laundering Policy ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، في ص ٩١٣ وما بعدها.

(١٠١) أنظر في ذلك : **الدكتور حمدي عبدالعظيم** ، غسيل الأموال في مصر والعالم ... ... ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٤٩ .

غسيل الأموال : سويسرا ، لكسمبورج ، باكستان ، كايمن ، أيلنـد ، ... وغيرها من الدول التي تأخذ بالسرية المطلقة للحسابات المصرفيـة(١٠٢). كما لم تقم أية دولة عربية حتى الآن بتجريم نشاط غسيل الأموال في حـد ذاته(١٠٣).

أ ـ القانون الأمريكي :

كانت الولايات المتحدة الأمريكية هي الدولة الرائدة في إصـــدار تشريعات *Statutes* وقوانين *Acts* لمكافحة غسيل الأموال، إذ أصدرت في عام ١٩٧٠ قانون سرية الحســـابات *Bank Secrecy Act* ، وتعديلاتـه المختلفة. وهذا القانون، كما سنذكر لاحقـاً عند مناقشة السرية المصرفية وعلاقتها بغسيل الأموال، ينطبق على المؤسسات المالية فقـط ويلزمـها بالإبلاغ عن المعاملات النقدية التي يبلغ مقدارها عشـرة آلاف دولار أو أكثر. ولمّا كانت مسألة إعداد هذه التقارير والإبلاغ عن جميع الصفقـات المالية التي تبلغ قيمتها عشرة آلاف دولار مكلفة، كما تسـتغرق بعـض

---

(١٠٢) :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

(١٠٣) فمثلاً لا يوجد في مصر حتى الآن قانون يجرِّم غسيل الأموال في ذاته . كذلك لا يوجـد في دولة الكويت تشريع يجرِّم هذا النشاط ، ولكن هناك تشريع في الكويـت لمراقبـة نشـاط العمولات في العقود الدولية مع الدولة وهو القانون رقـم ٥٢ لعـام ١٩٩٦ في شـان الكشف عن العمولات التي تقدم في العقود التي تبرمها الدولة حين تكون قيمة العقـد مائـة ألف دينار كويتي أو أكثر ، راجع في ذلك : ظاهرة غسيل الأموال وأثرها علـى الاقتصـاد الوطني، المشار إليها سابقاً، ص ٣٠٨ وما بعدها .

الوقت وخاصةً بالنظر إلى حجم التعاملات الهائل في البنوك الأمريكية(١٠٤). فلقد رأى الكونجرس الأمريكي إصدار قانون مستقل لتجريم ومكافحة غسيل الأموال وهو ما يعرف بقانون السيطرة على غسيل الأموال *Money Laundering Control Act (MLCA)* لعام ١٩٨٦(١٠٥). ولقد جرَّمَ هذا القانون بعض أنواع من السلوك وهي: أولاً - القيام أو الاشتراك في أي عملية تتضمن أو تنطوي على أموال متحصلة من مصدر غير مشروع . ثانياً - منع النقل أو التحويل الدولي للأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع(١٠٦). وهذا السلوك يتسع

---

(١٠٤) راجع بوجه خاص :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٥٦ – ٤٥٧ .

(١٠٥) المقالة السابقة ، ص ٤٥٧ .

(١٠٦) المقالة السابقة ، ص ٤٥٨ ؛ وكان الكونجرس قد أصدر في عام ١٩٨٤ قانون غسيل الأوراق النقدية أو ما يعرف Laundering Of Monetary Instruments . ويتميز هذا القانون بنطاق تطبيقه الواسع ، إذ ينطبق ليس فقط على العمليات التي تحدث داخل الإقليم الأمريكي، ولكن له أيضاً أثر متعدٍ للإقليم Extra – Territorial effect . ويجرِّم هذا القانون عمليات نقل الأوراق المالية عبر الحدود الأمريكية وبما يتطلبه ذلك من إثبات علم المتهم بأنه قام بنقل أو تحويل أوراق مالية عبر الحدود الأمريكية بالدخول أو الخروج بها لغسل الأموال . ولقد توسّع هذا القانون في تعريف مفهوم الأداة النقدية ليشمل الأموال السائلة (النقود) أي سواء النقود الورقية والمعدنية سواء بالعملة الأمريكية أو أي عملة أجنبية أخرى ، وكذلك الشيكات السياحية ، والشيكات الشخصية ، والشيكات المسحوبة على البنوك ، وأوامر الدفع ، وشهادات الاستثمار ، والأوراق التجارية . ومن جهة أخرى ، توسعت المحاكم الأمريكية في تفسير عبارة " نقل تحويل الأوراق المالية " لتشمل أي حركة للأموال من أو إلى الولايات المتحدة . أنظر في ذلك : =

ليشمل المساعدة التي تقدم من الغير إلى غاسلي الأموال، طالما أن الغير كان يعلم بالمصدر غير المشروع للأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع، ولكن لا يلزم لإثبات جريمة غسيل الأموال في حق الغير أن يعلم بذات الفعل الذي تحصلت منه الأموال غير المشروعة، ولكن يكفي في ذلك مجرد علمه بأن هذه الأموال قد نشأت عن مصدر ما غير مشروع(١٠٧).

كما جرَّم قانون *MLCA* ما يعرف بعملية إعادة هيكلة الإيداعات *The structring of deposits* . ذلك أن غاسلي الأموال عادةً ما يلجأون إلى تجزئة إيداعاتهم للتعتيم على الأموال غير النظيفة والهروب من أحكام التقرير بإيداع النقود التي تزيد عن مبالغ معينة، وبما يؤدي إلى إعاقة تنفيذ السياسة التشريعية للسيطرة على عمليات غسيل الأموال(١٠٨).

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem = and Attempts to Combat It ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٥٩ وما بعدها .

(١٠٧) في نفس المعنى :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٥٧ — ٤٥٨ . وقارن الوضع في دول أخرى .

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص٩٠٨ — ٩٠٩ .

(١٠٨) فلقد جرَّم القانون تنفيذ عمليات الهيكلة والشروع والمساعدة والتحريض عليها إذا كان الغرض من ذلك التهرب من أحكام قانون التقرير عن صفقات العملات Currency Transaction Report ، كما يخضع الشخص الذي يثبت إدانته بهذه الجريمة إلى عقوبة الغرامة والسجن لمدة قد تصل إلى عشر سنوات . راجع : =

ولمّا كان القانون يستلزم كتابة تقرير عن المبالغ النقدية التي تزيد عن عشرة آلاف دولار ، فقد استغل غاسلو الأموال ذلك لإحداث ثغرة بالقيام بعمل العديد من الإيداعات في بنوك مختلفة، ودون الخضوع لأية عقوبة(١٠٩). ولذلك تحث البنوك الأمريكية العاملين والموظفين فيها باتخاذ أقصى درجات الحيطة والحذر وعدم إعطاء العملاء أي نصائح تتعلق بإمكانية تقسيم الإيداعات النقدية حتى لا يُفَسَّر أو يؤخذ ذلك على أنه مساعدة من البنوك لغاسلي الأموال للتهرب من أحكام التقرير المفروض بالقانون من أجل القيام بغسيل الأموال(١١٠).

وتواجه البنوك مشكلة خطيرة عند التحري عن العمليات المصرفية لعملائها للتأكد من أن مصدرها مشروع. إذ لو تبين للبنك شبهة لعمليةٍ ما لعميل معين، ثم تبين بعدئذ أن البنك لم يكن على حق في

= **Scott Sultzer**, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٦٧ – ١٦٨ .

(١٠٩) وفي قضية **Ratzalf v. U.S.** ، حكم بعقاب المتهم لإدانته بالقيام بتعمد وبصفة مستمرة بهيكلة عمليات نقدية بمائة ألف دولار بإيداعات تقل في كل مرة عن عشرة آلاف دولار بهدف التهرب من أحكام الإيداع عن هذه العمليات وفقاً لما يقضي به القانون ولاستخدامها لدفع قيمة دين قمار في أحد النوادي ، أنظر :

Ratzalf v. U.S., 114 S. Ct. 655 (1994).

كما هو مذكور ومشار إليه في :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة المشار إليها ، ص ١٦٨ ، وهامش رقم (١٤٧) من نفس المقالة .

(١١٠) قارب :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٥٨ .

هذا الاشتباه وإبلاغ السلطات المختصة بأسرار تلك العملية المصرفية، فإن البنك يكون مسئولاً وفقاً لقواعد المسئولية العقدية أو التقصيرية بحسب الأحوال(١١١). ومع ذلك، فإن قانون الخصوصية المالي *Financial Privacy Act* يمنح البنوك حصانات معينة عند القيام بإفشاء بعض المعاملات عن عملائها إلى السلطات المختصة عندما تثور شبهة غسيل الأموال، وبصفة خاصة تلك المعلومات التي تتعلق باسم العميل، رقم حسابه، وطبيعة النشاط المشبوه. وعليه، تعفي البنوك من المسئولية إذا كان إفشاء هذه المعلومات وفقاً للقانون وبحسن نية *Good Faith* . وفي نفس الوقت يلتزم البنك بعدم إبلاغ العميل بأنه قد قام بإفشاء هذه المعلومات إلى السلطات المختصة(١١٢).

كما أضاف قانون تطوير المحاكمات عن غسيل الأموال لعام ١٩٨٨ *Money Laundering Prosecution Improvement Act* مسئوليات على المساهمين في غسيل الأموال من موظفي البنوك، إذ أخضعهم لعقوبة الغرامة في حالة عدم الالتزام باستيفاء تقرير الإقرار النقدي إذا كان ذلك عن عمدٍ أو إهمال جسيم(١١٣).

---

(١١١) المقالة السابقة، ص ص ٤٥٨ – ٤٥٩ .

(١١٢) المقالة السابقة، ص ٤٥٩ ، كذلك راجع :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ٢٤٥ ، وما بعدها .

(١١٣) :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ص ٤٥٩ – ٤٦٠ .

وفي عام ١٩٩٢ ، صدر قانون مكافحة غسيل الأموال المعروف بـ *Annunzio – Wylie Anti – Money Laundering Act* . ولقد تبنى هذا القانون في نصوصه العديد من التوصيات التي أصدرتها مجموعة العمل المعروفة بمجموعة السبعة *G 7 Task Force* [١١٤]. وكان السبب الأساسي لإصدار هذا القانون هو انهيار بنك الاعتماد والتجارة الدولي *Bank of Credit and Commerce International (BCCI)* ، إذ اكتشفت الحكومة الفيدرالية الأمريكية أن ليس لها سلطة إغلاق هذا البنك في الولايات المتحدة، على الرغم من إدانته بجرائم غسيل الأموال[١١٥]. وطبقاً لهذا القانون تتعرض البنوك للإغلاق في حالة ممارسة عمليات غسيل الأموال أو التورط فيها. وعليه، يتعين على بنك الاحتياطي الفيدرالي القيام بإجراءات إنهاء أعمال وإغلاق أي فرع لبنك أجنبي يتم إدانته في عملية من عمليات غسيل الأموال. كما يفقد هذا البنك الأجنبي أيضاً رخصة القيام بالأعمال المصرفية في الولايات المتحدة عن طريق أي فرع آخر[١١٦]. أضف إلى ذلك، أنه في حالة إدانة أحد

---

(١١٤) المقالة السابقة ، ص ص ٤٦٠ – ٤٦١ ؛ كذلك راجع :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٢١٤ – ٢١٥ .

(١١٥) :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ... ...

المقالة السابقة ، ص ٤٦٠ .

(١١٦) المقالة السابقة ، ص ص ٤٦٠ – ٤٦١ ؛ كذلك :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٢١٤ – ٢١٥ .

البنوك الأمريكية بجريمة غسيل الأموال، فإنها تفقد الترخيص لممارسة الأعمال المصرفية، كما تخسر كذلك الوديعة التأمينية التي يلتزم البنك بإيداعها لدى بنك الاحتياطي الفيدرالي(١١٧). وتهدف هذه العقوبات إلى تحذير وردع البنوك من التورط في عمليات غسيل الأموال. ولكي يتمكن البنك من الاحتفاظ بترخيصه وعدم فقدان وديعته التأمينية وجب عليه إثبات أنه قد بذل أقصى درجات العناية اللازمة لمنع غسيل الأموال. ويكون إثبات بذل هذه العناية بإبراز أمور معينة تكشف عن حذر البنك واحتياطه وحسن نيته، مثل عدم تورط موظفيه وقيادته المصرفية في نشاط غسيل الأموال بطريقة أو بأخرى، اتخاذه الإجراءات الوقائية المعتادة لمواجهة غسيل الأموال، مدى تعاون البنك مع السلطات المختصة للكشف عن العمليات المشبوهة، ومدى التزام البنك بالإمساك بسجلات تبين التحويلات البرقية للنقود سواء تلك التي تتم داخل الولايات المتحدة أو دولياً(١١٨).

وفي عام ١٩٩٤ صدَّق الرئيس الأمريكي كلينتون على قانون قمع غسيل الأموال *The Money Laundering Supression Act (MLSA)*

---

(١١٧) راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ... ...

المقالة السابقة ، ص ص ٤٦١ – ٤٦٢ ؛ كذلك :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة السابقة ، ص ٢١٦ .

(١١٨) :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ... ...

المقالة السابقة ، ص ص ٤٦١ – ٤٦٢ .

والذي أدخل بعض التعديلات على قانون سرية البنوك من أجل تخفيف الواجبات اللائحية على البنوك وذلك بإعفاء بعض العملاء وبعض المعاملات التي تزيد عن عشرة آلاف دولار من الالتزام بالإقرار، وبدعم قدرة الحكومة الفيدرالية لرقابة عمليات تحويل النقود. وبصفة خاصة، يستهدف قانون *MLSA* قمع غسيل الأموال الذي يتحقق من خلال المؤسسات المالية غير المصرفية. إذ ألزم هذا القانون الولايات المختلفة بالقيام وقبل نهاية عام ١٩٩٧ بسن قوانين موحدة *Uniform Codes* للترخيص وتنظيم أعمال المكاتب والشركات التي تتولى القيام بأعمال الصرافة، تحويل النقود، إصدار أوامر الدفع، الشيكات السياحية، الشيكات القابلة للدفع وغيرها من الأوراق التجارية، وذلك بقصد حماية نظم الدفع من الاختراق أو إساءة استخدامها من غاسلي الأموال(١١٩).

كما تطلب قانون *MLSA* أن تقوم الولايات المختلفة بإصدار قوانين لتقرير جزاءات مدنية وجنائية في حالة عدم الالتزام بشروط تأسيس وعمل المؤسسات المالية. كما أوجب القانون تسجيل هذه المؤسسات لدى وزارة الخزانة الأمريكية وبما يتطلبه ذلك من الإعلان عن أسماء المالكين أو المساهمين فيها، وتشكيل الإدارة والقائمين عليها وحجم النشاط والأعمال وغيرها من البيانات الجوهرية. كما قرر القانون عقوبة الغرامة بمبلغ قدره خمسمائة دولار أمريكي في اليوم الواحد بسبب مخالفة أحكام التسجيل لدى وزارة الخزانة الأمريكية أو بسبب إعطاء

---

(١١٩) :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٢١٦ – ٢١٧ .

بيانات غير حقيقية، بالإضافة إلى عقوبة السجن التي قد تصل لمدة خمس سنوات[١٢٠].

ولقد وافق مجلس النواب الأمريكي في عام ١٩٩٨ على مشروع قانون متكامل لدرء غسيل الأموال *Money Laundering Deterance Act* *(MLDA)* ، إلا أن هذا المشروع لم يرَ النور لعدم إقرار مجلس الشيوخ الأمريكي له بسبب بعض المشكلات السياسية مع الإدارة الأمريكية الحالية. ويستهدف هذا المشروع تطوير القوانين السابقة وزيادة فعاليتها من حيث الوسائل والتدابير التي يمكن اتخاذها لمنع الجرائم المالية[١٢١]. ومن المنتظر إعادة محاولة مناقشة وطرح هذا التشريع مرة أخرى للحصول على إقرار مجلس الشيوخ[١٢٢].

ب - القانون الإنجليزي :

لمّا كانت إنجلترا هي أكبر مركز مالي في القارة الأوروبية، فلا غرو أن تصبح أيضاً محط أنظار غاسلي الأموال للقيام بعملياتهم

---

(١٢٠) المقالة السابقة ، ص ٢١٧ .

(١٢١) أنظر :

Bruce Zagaris, A Brave New World : Recent Developments in Anti – Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law pp. 1023 – 1116 (1999) .

وبصفة خاصة في ص ص ١٠٣١ – ١٠٣٢ .

(١٢٢) المقالة السابقة ، ص ١٠٣٢ .

المشبوهة. وعليه، كان رد فعل المشرع الإنجليزي صارماً فيما يخص مكافحة غسيل الأموال، فإلى جانب التصديق على معاهدة فينا لعام ١٩٨٨ والاتفاقية الدولية لمكافحة غسيل الأموال والعضوية في المنظمات والمجموعات الدولية، سنّت إنجلترا أقوى القوانين في أوروبا لمكافحة غسيل الأموال(١٢٣). وأبرز تشريع في هذا الخصوص هو قانون *Drug Trafficking Offense Act* لعام ١٩٨٦ أو *(DTOA)* ، والذي أصبح نافذاً ومعمولاً به في الأول من يناير عام ١٩٨٧ . ويتضمن هذا القانون نصوصاً تلزم بالتحقيق في النشاطات غير المشروعة التي تتعلق بجرائم المخدرات، وذلك قبل اتخاذ إجراءات تجميد الأصول أو العوائد المتحصلة من الجرائم أو مصادرتها. ولقد جرَّم هذا القانون المساعدة في هذه الجريمة بأية طريقة كإخفاء عوائدها أو ثمارها، وبحيث يصل العقاب على المساعدة إلى السجن لمدة قد تصل إلى أربعة عشر عاماً أو غرامة أو كليهما(١٢٤).

كما ينص قانون *DTOA* على معاقبة أي شخص يحوز أو يدير لمصلحة شخص آخر عوائد أو ثمار جريمة المخدرات أو مساعدته على إخفائها أو استبعادها من نطاق الإقليم الإنجليزي أو تحويلها لصالح الغير. كذلك يجرّم القانون أي استخدام للأموال الناتجة عن جرائم المخدرات والعائدة لشخصٍ ما، بهدف تأمين سلامة هذه الأموال ووضعها تحت

---

(١٢٣) :

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٩٣٣ - ٩٣٤ .

(١٢٤) المقالة السابقة ، ص ٩٣٤ وما بعدها .

تصرفه، أو استخدامها أو استثمارها لمصلحته، مع علمه بالاشتباه في قيام هذا الشخص بتنفيذ إحدى جرائم المخدرات أو الاشتراك أو الاستفادة منها بطريقة أو بأخرى(١٢٥). كما أعطى القانون للمحاكم الاختصاص بمصادرة الأموال والأصول التي تمثل ثمار الجريمة إذا ما أُدينَ الشخص بالجريمة، كما يجوز للمحاكم الإنجليزية إلزام الشخص المُدَان بدفع القيمة المعادلة لعوائد النشاط غير المشروع الذي تورط فيه(١٢٦).

كما يوجب قانون *DTOA* على البنوك ضرورة إبلاغ السلطات المختصة بالعمليات المشبوهة حتى لا يؤخذ تقاعسها عن القيام بذلك بأنه مساهمة منها في النشاط غير المشروع. وفي نفس الوقت، منح القانون البنوك حصانة *Immunity* من المسئولية عند إبلاغها عن العمليات المشبوهة لعملائها، و بحيث لا يعامل هذا الإبلاغ وكأنه خرق للثقة أو لواجب الالتزام بالسرية تجاه العملاء(١٢٧).

وفي عام ١٩٩٠ ، أصدرت إنجلترا تشريعاً هو قانون التعاون الدولي في مجال العدالة الجنائية *The Criminal Justice International Cooperation Act* . ولقد امتد العقاب، بموجب هذا القانون، على أي سلوك أو نشاط يستهدف الإخفاء أو التمويه أو الإحلال أو التحويل أو النقل للعوائد المتحصلة عن النشاط الإجرامي للمخدرات للحيلولة دون

---

(١٢٥) المقالة السابقة ، ص ٩٣٥ .

(١٢٦) المقالة السابقة ، ص ٩٣٥ .

(١٢٧) المقالة السابقة ، ص ٩٣٥ .

اختصاص المحاكم الإنجليزية بالعقاب(١٢٨). كذلك تبنت إنجلترا اللائحة الصادرة عن المجموعة الأوروبية والتي تلزم السلطات المختصة بالتعرف على هوية العميل والاحتفاظ بسجلات عن العمليات النقدية، وعلاوة على هذا، يتطلب القانون الإنجليزي من البنوك تطبيق سياسة "**اعرف عميلك**" بصرامة، وبما يوجب تحديد هوية العميل في حالة إقامة علاقة أعمال معه، وأيضاً التعاون مع السلطات المختصة في الحدود المسموح بها وعدم خرق علاقة الثقة مع العميل(١٢٩).

ج ـ القانون الفرنسي :

استغل غاسلو الأموال المؤسسات المالية الفرنسية، وإلى وقتٍ قريب، كمحطة *Transit* لنقل عوائد نشاطهم غير المشروع عبر أوروبا وبين أوروبا ودول أمريكا الجنوبية (١٣٠). وللقضاء على هذه الظاهرة الخطيرة، أنشأت الحكومة الفرنسية مكتباً يعرف بـ *TRACFIN* بهدف الكشف عن جرائم المخدرات وغيرها من الجرائم المرتبطة بغسيل

---

(١٢٨) المقالة السابقة ، ص ٩٣٦ .

(١٢٩) المقالة السابقة ، ص ٩٣٦ ، وما بعدها ؛ راجع كذلك :

Robert Wardie, Money Laundering: A Prosecutor's Perspective, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control pp. 125 – 127 (Autumn 1999).

(١٣٠) :

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime: . ... . .

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٩٣٧ – ٩٣٨ .

الأموال، ويقوم هذا المكتب بجمع المعلومات عن العمليات المشبوهة بالتعاون مع البنوك ومصلحة الجمارك الفرنسية. ولذا، يتعين على البنوك الإبلاغ عن النشاطات التي تثور حولها الشبهات إلى مكتب *TRACFIN* ، وتبادل المعلومات مع أقرانها في الخارج ووفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل(١٣١).

ولعل أول قانون يصدر في فرنسا للعقاب على جريمة غسيل الأموال كجريمة قائمة بذاتها هو القانون رقم ٨٧ - ١١٥٧ لعام ١٩٨٧ والذي نص على **عقاب كل من اشترك أو ساهم عن علم ووعي كاملين في غسيل العوائد الناتجة من جرائم المخدرات**. وعليه، فلقد خلق هذا القانون دعوى جنائية ضد هؤلاء الأشخاص الذين، وإن لم يرتكبوا أو يساهموا في الجريمة الأولية إلا أنهم قد لعبوا دوراً في عملية الاستثمار المالي لثمار هذه الجريمة. وحدد القانون العقاب على هذا السلوك بالسجن لمدة تتراوح بين عامين إلى عشرة أعوام، وبغرامة تتراوح من خمسة آلاف إلى خمسمائة ألف فرنك فرنسي(١٣٢).

كما صدر في عام ١٩٩٠ القانون رقم ٩٠ - ٦١٤ للعقاب على غسيل الأموال، والذي يتعلق أساساً باشتراك المؤسسات المالية والبنوك على وجهٍ خاص في غسيل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات. ولقد

---

(١٣١) المقالة السابقة ، ص ٩٣٧ ، وما بعدها . ويلاحظ أن المختصر TRACFIN يشير إلى :
Cellude de Coordination Chargee du Traitement du Renseignement et de L' Action Contre le Circuits Franciers Clandestins.

راجع هامش رقم (٣٠٠) من نفس المقالة المشار إليها .

(١٣٢) المقالة السابقة ، ص ٩٣٨ وما بعدها .

ألقى هذا القانون على هذه المؤسسات والبنوك واجب الإفصاح عن العمليات المالية والمصرفية التي تثور حولها الشبهات. وألزم القانون البنك بالتعرف على هوية العميل، وطلب إثبات الهوية عند فتح أي نوع من أنواع الحسابات، وينطبق ذلك بصفة خاصة على العميل العابر أو العميل غير الدائم *Occasional Customer* وذلك في حالة قيامه بعملية مصرفية تزيد عن مبلغ قدره ٥٠,٠٠٠ فرنك، أو استئجاره إحدى الخزائن الحديدية بالبنك. كما ألزم القانون البنوك بضرورة أن تفحص بعناية شديدة أي عملية يزيد مقدارها عن مليون فرنك، والاحتفاظ في السجلات ببيانات هذه العملية ولمدة لا تقل عن خمس سنوات، وبصفة خاصة البيانات المتعلقة بمصدر هذه الأموال، والجهة المرسل إليها[١٣٣].

وأخيراً، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٩٦ - ٣٩٢ في عام ١٩٩٦ باستحداث الكثير من الأحكام في مجال التجريم والعقاب على غسيل الأموال . ولقد عَرَّفَ المشرع غسيل الأموال بأنه " **تسهيل التبرير الكاذب بأي طريقة كانت لمصدر أموال أو دخول فاعل جناية أو جنحة تحصّل منها على فائدة مباشرة أو غير مباشرة** " [١٣٤] . كما يشمل التعريف أيضاً تقديم المساعدة في عمليات إيداع أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر أو غير المباشر لجناية أو جنحة . ونص القانون على عقوبة جريمة غسيل الأموال وهي السجن لمدة خمس سنوات ، أما إذا وقعت

---

(١٣٣) المقالة السابقة ، ص ص ٩٣٩ – ٩٤٠ .

(١٣٤) **الدكتور سليمان عبدالمنعم** ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة ، المؤلف المشار إليه سابقاً ، ص ٨٨ .

الجريمة بطريق الاعتياد أو بصورة منظمة فتزيد العقوبة إلى عشر سنوات (١٣٥).

(١٣٥) السابق ، ص ص ٨٨ — ٨٩ . ولقد سنت جزر البهاما في عام ١٩٨٧ ، وهي من المراكز المالية الهامة ، قانون تعقب ومصادرة عوائد المخدرات . كما أنه وتحت تأثير الولايات المتحدة الأمريكية ، وافقت البهاما على التوقيع معها على اتفاقية بشأن تبادل المعلومات عن بعض الأمور المتعلقة بالضرائب . كذلك أصدرت بعض دول أمريكا الجنوبية قوانين للحد من سرية الحسابات المصرفية ، وذلك كالإكوادور التي أصدرت في عام ١٩٨٨ قانوناً للحد من السرية المصرفية ، ومنع تحويل أو نقل الأموال المتحصلة عن جرائم المخدرات . أضف إلى ذلك أن المشرع الإكوادوري جعل جريمة غسيل الأموال جريمة قائمة بذاتها . ومع هذا ، فإن القانون الإكوادوري لا يقر مبدأ " اعرف عميلك " ولا يلزم البنوك بإبلاغ السلطات المختصة أو حتى البنك المركزي عن العمليات المشبوهة . على أنه يجوز للبنك المركزي أن يقوم بزيارات مفاجئة للبنوك . كما يلاحظ أن قاعدة سرية الحسابات المصرفية تكاد تكون مطلقة في الإكوادور . وتعتبر دولة الأورجواي هي الأخرى من أهم المراكز المالية في أمريكا الجنوبية بالنظر إلى اعتناقها قانون السرية المطلقة للحسابات المصرفية وعدم وجود رقابة على نقل أو دخول وخروج النقد الأجنبي ، أضف إلى ذلك وجود بعض المزايا الضريبية الهامة على الاستثمارات المالية الواردة من خارج البلاد ، ومما أتاح الفرصة لإساءة استخدام النظام المصرفي من جانب غاسلي الأموال . ومع ذلك ، خطت أورجواي منذ عام ١٩٩٢ خطوة هامة بِسنِّ تشريع لمحاربة جرائم المخدرات ، وإن لم تصبح بعد جريمة غسيل الأموال جريمة مستقلة فيها ؛ أضف إلى ذلك أن البنك المركزي أصدر قرارات هامة للرقابة على الحسابات، وإن كانت السرية المصرفية مازالت هي القاعدة . أما استراليا ، فأصدرت قانوناً مستقلاً ومتكاملاً لمنع غسيل الأموال في عام ١٩٨٨ ، وعلى غرار القانون الأمريكي .أما اليابان ، فلا يوجد فيها قانون خاص للسرية المصرفية ، ومع ذلك فإن العرف المصرفي في اليابان يقرر السرية المطلقة والصارمة للحسابات ، لدرجة أن البنوك اليابانية لا تسمح للسلطات بمعرفة أسرار حسابات العملاء أو الإطلاع على هوية العملاء . ومع هذا ، صدر في اليابان في عام ١٩٩١ قانون لمكافحة المخدرات والذي يحد من نطاق سرية الحسابات المرتبطة بنشاط المخدرات. أما هونج كونج ، باعتبارها أحد أهم أربعة مراكز مالية في العالم كله ، فقد جذبت غاسلي الأموال. وعلى الرغم من اتخاذ الحكومة بعض الإجراءات لمكافحة غسيل الأموال ، =

- إلا أن بنوك هونج كونج مازالت جاذبة لغاسلي الأموال بالنظر إلى السرية المطلقة للحسابات المصرفية ، راجع في كل هذا :

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime: ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٩١٣ – ٩٣٨ .

المطلب الثالث

السرية المصرفية وغسيل الأموال

أولاً - ماهية السر المصرفي ونطاقه :

تعتبر السرية المصرفية من القواعد المستقرة واللصيقة الصلة بعمل البنوك. فتلتزم البنوك بموجب القواعد العامة في القانون والأعراف المصرفية بحفظ أسرار العملاء وعملياتهم المصرفية، ما لم يكن هناك نص في القانون أو في الاتفاق يقضي بغير ذلك(١٣٦).

وينصرف السر المصرفي إلى كل أمر أو معلومات أو وقائع تتصل بعلم البنك عن عمليه بمناسبة نشاطه أو بسبب هذا النشاط، يستوي

(١٣٦) أنظر : **الدكتورة سميحة القليوبي** ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، المرجع المشار إليه سابقاً ص ص ٢٢٤ – ٢٢٦ ؛ **الدكتور علي جمال الدين عوض** ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، (دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٨١) ، ص ٩٢٩ ، وما بعدها ؛ **إلياس ناصيف**، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف (منشورات عويدات – بيروت ، باريس ١٩٨٣) ص ٢٧١ ، وما بعدها . ويقرر البعض أن السرية المصرفية لها جذور وأساس في الشريعة الإسلامية ، إذ تستند على فكرة حماية حرمة الحياة الخاصة وحماية الملكية الخاصة ، وأنه لا يحد من إطلاق المحافظة على السرية إلا وجود مصلحة عليا للمجتمع في إفشائها ، أو إذا كان من شأنها الإضرار بالغير ، في هذا المعنى :

Dr. Fath EL-Rahman Abdalla EL-Sheikh, Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice – A Middle Eastern Perspective, Volume 14 Dickinson Journal of International Law pp. 577 – 593 (Spring 1996).

وبصفة خاصة في ص ص ٥٧٨ – ٥٨٣ .

في ذلك أن يكون العميل قد أفضى بها بنفسه إلى البنك، أو يكون قد اتصل علم البنك بها من الغير . إذ لا يشترط أن تصل المعلومات أو الأسرار إلى البنك مباشرةً من عميله[١٣٧]. ويعتبر داخلاً في نطاق الأسرار المصرفية: رقم حساب العميل، المبالغ المقيدة في حساباته سواء دائنة أم مدينة، ودائع العميل، الخزينة الحديدية للعميل، التسهيلات الائتمانية والقروض الممنوحة له، مدى التزامه بسداد الأقساط ومقدارها، مديونيات العميل، الضمانات المقدمة من العميل في التسهيلات والقروض، الشيكات التي يسحبها العميل على البنك، وغيرها من الأمور التي تتصل بأعمال ونشاط العميل مع البنك[١٣٨].

ويتأسس التزام البنك بالمحافظة على أسرار عملائه على مبدأ هام هو حماية الحق في الخصوصية *Protection of privacy rights* . إذ لكل شخص الحق في حماية حرمة حياته الخاصة بما فيها شئونه

---

(١٣٧) في نفس المعنى : **الدكتور علي جمال الدين عوض** ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق ، ص ٩٢٨ ؛ **الدكتورة سميحة القليوبي** ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، المرجع السابق ، ص ٢٥٥ .

(١٣٨) **الدكتورة سميحة القليوبي** ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ . كذلك يسري الالتزام بالسرية حتى على المراسلات المصرفية ، راجع : **الدكتور إدوارد عيد** ، العقود التجارية وعمليات المصارف (مطبعة النجوى – بيروت ١٩٦٨) ، وبصفة خاصة في ص ٤٩٢ ، وما بعدها. ويرى البعض أن الالتزام بالسرية يسري من حيث الموضوع حتى على المصالح الأدبية والمعنوية للعملاء وليس فقط على المصالح المالية مثل تلك المتعلقة بشرفهم وسمعتهم وسلوكهم الشخصي ومعتقداتهم ، ومن ثمّ فلا يجوز للبنك مثلاً إفشاء معلومات عن المعاش الذي يقدمه أحد العملاء لخليلته ولا باسمها، راجع في ذلك : **إلياس ناصيف** ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٩٦ .

الماليـــة والاقتصاديـــة كمعاملاته المصرفيـــة مع البنوك(١٣٩). ولا شـــك أن اطلاع الغير - دون مبرر مشروع أو قانوني - على أسرار عمـــلاء البنك فيه اعتداء واضح على حرية حياتهم الخاصـــة، وبما قـــد يرتـــب مسـئولية البنـــك(١٤٠).

ولَمَّا كان من مصلحة العميـــل أن يلتزم البنك بعدم إفشاء أسراره حفاظـــاً على مركزه المالي الذي يحرص دائماً علـــى إخفائـــه، صونـــاً لسمعته وائتمانـــه، فإن إخـــلال البنك بهذا الالتزام يعتبر إخلالاً بـــالتزام

---

(١٣٩) في نفس المعنى :

Dr. Fath EL-Rahman Abdalla EL-Sheikh, Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice – A Middle Eastern Perspective............

المشار إليه سابقاً ، وبصفة خاصة في ص ص ٥٧٨ – ٥٧٩ ؛ وبصفة عامة :

Cadmen, Joanne Greig, Combating Money Laundering, Reviewing Paolo Bernasconi (ed.), Money Laundering and Banking Secrecy: XIV th International Congress of Comparative Law . Boston : Kluwer Law international, (1996), Volume 8 Criminal Law Forum pp. 485 – 492 (1997).

أيضاً :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٢٤٠ – ٢٤١ .

(١٤٠) راجع مقالة :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls ... ...

السابق الإشارة إليها ، ص ٢٤٠.

تعاقدي[١٤١]. وتثور مسئولية البنك بتعويض العميل عن الضرر الذي يلحقه بسبب الإخلال بهذا الالتزام، وسواء كان إخلال البنك بالمحافظة على السر المصرفي قد نشأ عن تعمد أو عن مجرد إهمال وعدم اكتراث[١٤٢].

---

(١٤١) **الدكتور ماجد عمار** ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١٤١ وما بعدها ؛ **إلياس ناصيف** ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف ، المرجع المشار إليه سابقاً ص ص ٣١٥ – ٣١٦ . وقد يسأل البنك عن إفشاء السرية في مواجهة الغير الذين لا تربطهم به أية علاقة تعاقدية وعلى أساس المسئولية التقصيرية، وذلك تطبيقاً للمادة ١٦٣ من القانون المدني المصري التي تنص على أن "كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" . راجع **الدكتورة سميحة القليوبي** ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٢٢٢ – ٢٢٣ . ويذهب البعض إلى إمكانية انعقاد مسئولية البنك في مواجهة العميل على أساس المسئولية التقصيرية في الحالات التي لا يوجد فيها عقد بينهما ، ومثال ذلك حالة انقطاع المفاوضات الجارية بين البنك وعميله وفشلها، أو كما في حالة الحكم ببطلان العقد بينهما. فعلى الرغم من انقطاع الصلة بين البنك وعميله بسبب عدم نجاح المفاوضات وعدم إبرام العقد، أو بسبب بطلان العقد وبما للبطلان من أثر رجعي، إلا أن البنك يلتزم بعدم إفشاء أسرار العميل التي نمت إلى علمه خلال المفاوضات أو أثناء العقد قبل الحكم بإبطاله. راجع: **الدكتور ماجد عمار**، السرية المصرفية وغسيل الأموال، المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٤٥ – ١٤٧ . ويذهب جانب آخر من الفقه – نميل إلى ترجح رأيه – إلى اعتبار البنك ملزماً بالسر المصرفي ومسئولاً أمام العميل عن إفشائه في حالة فشل المفاوضات بينهما على أساس أن العميل يجري مع البنك عقداً مسبقاً على المفاوضات يتعهد بموجبه البنك بالتكتم حول المعلومات التي تصل إليه من هذا العميل في حالة فشل المفاوضات أو بطلان العقد المبرم بينهما . راجع في هذا الرأي الأخير ، **إلياس ناصيف** ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف، المشار إليه سابقاً ص ٢٨٦ .

(١٤٢) قارب : **الدكتور إدوارد عيد** ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٩٧ .

ويذهب البعض إلى أنه يلزم وجود شرط صريح في العقد مع العميل بإلزام البنك بكتمان السر، وبحيث لا تقوم مسئولية البنك إذا تخلف هذا الشرط(١٤٣). ومع ذلك يذهب الرأي الراجح إلى أن الالتزام بالمحافظة على السرية هو التزام ضمني يقع على البنوك في علاقاتها بالعملاء لما تقتضيه طبيعة العلاقة المصرفية من ثقة متبادلة وحيطة وحذر. ومن ثمَّ يوجد واجب ضمني على البنوك بعدم إفشاء المعلومات عن العملاء بعمد أو بإهمال(١٤٤).

كما يترتب الالتزام بكتمان الأسرار المصرفية أيضاً على موظفي البنك، وبغض النظر عن درجتهم الوظيفية أو أهميتها(١٤٥). فينصرف الالتزام بعدم الإفشاء إلى مديري البنك ومسئولي الائتمان فيه وغيرهم من كبار المسئولين، كما يسري حتى على المندوبين الذين يتولون القيام

---

(١٤٣) **الدكتور حسين النوري** ، سر المهنة المصرفية ، في القانون المصري والقانون المقارن (مكتبة عين شمس) ص ١٨٣ .

(١٤٤) في نفس المعنى : **إلياس ناصيف** ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣١٦ . ويذهب جانب من الفقه – وبحق – إلى أن "الالتزام بحفظ السر مفترض في العقود المبرمة مع البنوك بحيث لا تقوم الحاجة إلى النص عليه ، بل إنه يغطي كل ما وصل إلى علم البنك عن عميله ولو لم يكن بينهما عقد مادامت المعلومات تخص شخصاً له وصف العميل" ، راجع : **الدكتور علي جمال الدين عوض**، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٩٣٠ .

(١٤٥) **الدكتور على جمال الدين عوض** ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق ، ص ٩٣١ ؛ **الدكتورة سميحة القليوبي** ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٢٥ ؛ **الدكتور إدوارد عيد** ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٤٨٧ – ٤٨٨ .

ببعض الإجراءات الروتينية للبنك[١٤٦]. ويسأل البنك عن إفشاء أحد موظفيه لأسرار العملاء على أساس مسئولية التابع عن الأخطاء الصادرة من تابعيه. فتثور مسئولية البنك عن إفشاء أحد تابعيه للسر المصرفي طالما وصلت المعلومات أو الأسرار إلى علم التابع بمناسبة نشاطه أو عمله المصرفي مع البنك[١٤٧]. أما إذا كان السر المصرفي قد وصل إلى علم التابع من مصدر آخر أو بوسيلة أخرى، فلا يكون البنك مسئولاً عما حدث من إفشاء. كما لا تثور مسئولية البنك عن إفشاء السر من جانب أحد تابعيه، إذا حصل هذا الإفشاء بعد ترك الأخير للعمل في البنك، وذلك لانتفاء رابطة التبعية في الوقت الذي وقع فيه الخطأ المسبب للضرر، وإن كان هذا لا يحول دون مساءلة التابع شخصياً على أساس المسئولية التقصيرية[١٤٨]. كذلك يسري الالتزام بالسرية على بعض الأشخاص، الذين وإن لم يكونوا من موظفي البنك، إلا أنهم يعلمون أو يطلعون على أسرار عملاء البنك بحكم مراكزهم مثل أعضاء مجلس إدارة البنك، مفوضو الحسابات، المحامون، المستشارون القانونيون، المستشارون الماليون للبنك، القضاة والخبراء الذين يطلعون على بعض العمليات المصرفية بسبب عرض المنازعات بين البنك وعملائه عليهم[١٤٩].

---

(١٤٦) **الدكتور إدوارد عيد**، المرجع السابق، ص ٤٨٧ وما بعدها.

(١٤٧) قارب : **الدكتور على جمال الدين عوض**، المرجع السابق، ص ٩٣١ .

(١٤٨) قارب : **الدكتور على جمال الدين عوض**، المرجع السابق، ص ٩٣١ ؛ **الدكتور حسين النوري**، سر المهنة المصرفية في القانون المصري والقانون المقارن، المرجع المشار إليه سابقاً ص ١٣٥ .

(١٤٩) **الدكتور إدوارد عيد**، العقود التجارية وعمليات المصارف، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٤٨٨ .

ويثور التساؤل عن انعقاد المسئولية الجنائية للبنك في حالة خرق الالتزام بالسرية وإفشاء أسرار العميل بالمخالفة لأحكام القانون والأعراف المصرفية ؟ تنص قوانين بعض الدول، وخاصة تلك التي تعتنق نظام السرية المطلقة للحسابات المصرفية، على عقوبات معينة في حالة إفشاء أسرار عملاء البنوك. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٨ من القانون اللبناني الصادر في ٣ أيلول لعام ١٩٥٦ في شأن نظام سرية المصارف على أن "**كل مخالفة عن قصد لأحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس من ثلاثة أشهر حتى سنة؛ والشروع بالجريمة معاقب عليه بنفس العقوبة. ولا يتحرك الحق العام إلا بناءً على شكوى المتضرر**"(١٥٠). كما تنص المادة ٧ من القانون المصري رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك عل أنه "**مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب كل من يخالف أحكام المادة الأولى والمادة الثانية (فقرة أخيرة) والمادة الخامسة من هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن عشرين ألف جنيه**". ومن ثمَّ يسرى هذا الجزاء في حالة خرق سرية الحسابات وإطلاع الغير عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، إلا بإذن كتابي من العميل أو من أحد ورثته أو الموصى لهم أو النائب القانوني أو الوكيل المفوض أو بناءً على حكم محكمة أو محكمين، وكذلك في حالات إعطاء بيانات أو أية معلومات عن عملاء البنوك -

---

(١٥٠) المرجع السابق ، ص ٤٩٦ وما بعدها . ولكي تقوم هذه الجريمة لا بد من إثبات أن فعل الإفشاء كان مقصوداً ، ولذا فإن المخالفات غير المقصودة لقانون سرية البنوك لا تشكل جريمة مثل المخالفات الناشئة عن إهمال . راجع إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات البنوك ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٣٧ .

في غير الحالات المنصوص عليها في القانون - من قبل العاملين بــالبنك ســواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[١٥١].

وعلاوة على ذلك، ولمَّا كان واجب حفظ الأســــرار المصرفيــة داخلاً في نطاق التزام البنك بحفظ سر المهنة، فإن البنك قـــد يتعــرض للعقوبات المنصوص عليها في حالة عدم احترام هذا الالتزام. ومن ذلــك ما تنص عليه المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري من أن "**كل مــن كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعــاً لديه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي ائتمن عليه فأفشاه فــي غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب الحبس مــدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيــه**". وعليــه، يخضع لهذا العقاب موظفو البنك، بجميع مستوياتهم، وسواء كــانوا مــن مسئولي الحسابات أو غيرهم إذا قاموا بإفشاء الأسرار أو المعلومــات أو البيانات الخاصة بالمركز المالي للعميل أو بعملياته المتنوعة مــع البنــك والتي ائتمنهم العميل على حفظها لديهم[١٥٢].

وإذا كانت الســرية المصرفية مبدأ مســـتقراً فــي المعــاملات المصرفية، ولا يجوز إفشاء أسرار العميل إلا في حالات محــددة بنــص القانون، فهل يجوز كذلك استبعاد مبدأ السرية المصرفيــة فــي حــالات الاشتباه بغسيل الأموال؟ وهل ترتفع المسئولية عن البنـــوك فــي حالــة

---

(١٥١) في شرح المادة السابعة من قانون سرية الحسابات في القانون المصــري رقــم ٢٠٥ لســنة ١٩٩٠، راجع : **الدكتورة سميحة القليوبي** ، الأسس القانونية لعمليات البنــوك ، المرجــع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٥٣ ، وما بعدها .

(١٥٢) المرجع السابق ، ص ٢٢٣ وما بعدها .

إبلاغها عن العمليات المشبوهة إلى السلطات المختصة؟ تختلف التشريعات الوطنية في الإجابة عن هذه التساؤلات. فهناك تشريعات ترفض الخروج على مبدأ السرية المصرفية حتى في حالة غسيل الأموال، وهناك تشريعات أخرى حديثة بدأت تحد من هذا المبدأ في حالة غسيل الأموال صيانة للصالح العام للمجتمع.

ثانياً - عدم الخروج على السرية المصرفية في حالات غسيل الأموال:

أحاط المشرع، في الأغلبية الساحقة من تشريعات الدول المختلفة، الحسابات المصرفية بسياج من السرية، كما قدمنا(١٥٣). ومع ذلك، يتعين الخروج على مبدأ السرية في حالات معينة يختلف نطاقها ومداها باختلاف حدود مبدأ السرية المطبق في العمل المصرفي لكل

---

(١٥٣) ويلاحظ في هذا الخصوص أن معظم قوانين الدول العربية تنص صراحةً على الأخذ بالسرية المصرفية ، من ذلك **القانون اللبناني** بقانون ٣ أيلول لعام ١٩٥٦ ، من ذلك **القانون البحريني** بشأن المؤسسات المالية والقرار رقم ٨٣/٥ في أبريل عام ١٩٨٣ ، **والقانون الكويتي** رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ بشأن تنظيم النقد والبنك المركزي الكويتي ، وقانون البنك المركزي لعام ١٩٩٣ في **دولة قطر** ، وقانون البنك المركزي لعام ١٩٩١ في **اليمن** ؛ وفي **المملكة العربية السعودية** ، على الرغم من عدم وجود نصوص قانونية في هذا الخصوص ، إلا أن هناك عرفاً صارماً للسرية المصرفية مأخوذ عن الشريعة الإسلامية . كما تأخذ المصارف الإسلامية بمبدأ السرية المصرفية ، راجع في ذلك :

Dr. Fath EL-Rahman Abdalla EL-Sheikh, Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice – A Middle Eastern Perspective............

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٥٨٢ – ٥٩٠ .

دولة. فلا تسمح الدول التي تعتنق مبـــدأ الســرية المطلقــة للحســابات المصرفية بالخروج عنه أو السماح بأي استثناءات إلا في أضيق الحدود. فلا يجوز، طبقــاً للقانون اللبناني الصادر في ٣ أيلول لعام ١٩٥٦ بشــأن سرية المصارف، إفشاء السرية إلا في حالة وجود موافقة خطية صريحة من العميل للبنك بالإفصاح عن المعلومات الخاصة بالعمليات التي يجريها مع البنك أو بعض هذه العمليات، أو في حالة نشــأة نزاع بيــن العميــل والبنك وبشرط أن يكون هذا النزاع متعلقـــاً بعمليـــة مصرفيـــة بينـــهما معروضة أمام القضاء، أو في حالة إفلاس العميل حيث لا يكون هنـــاك مبرر للإبقاء على السرية في مواجهة مدير التفليســـة باعتبـــاره ممثـــلاً لجماعة الدائنين أو أمام قاضي التفليسة. وأخيراً، يجيز القانون اللبنـــاني إجابة السلطات القضائية لطلبها معلومات عن العميل في حالات الإثـــراء غير المشروع، وإن كانت هذه الحالة لم يتم تطبيقها مطلقاً في لبنـــان(١٥٤). ويتضح من ذلك أن القانون اللبناني لا يجيز أبداً للبنك إفشاء أي معلومات عن العميل أو عن العمليات المصرفية لأية جهـــة، أو أن يفحـــص هـــذه العمليات ويدقق في مدى مشروعية مصدر الأموال التي يودعها العمـــلاء لدى البنوك اللبنانية. وعليه، فالقانون اللبناني لا يسمح بـــالخروج علـــى السرية المصرفية حتى في حالات غسيل الأموال لأن البنك غير ملـــتزم أصـــلاً بالتحري عن العمليات المشبوهة لعملائه أو الإبلاغ عنها(١٥٥).

---

(١٥٤) **الدكتور إدوارد عيد**، العقـــود التجارية وعمليات المصارف، المرجع المشار إليه ســـابقاً، ص ص ٤٩٣ – ٤٩٦؛ **إلياس ناصيف**، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث). عمليات المصارف، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ص ٣٣٨ – ٣٤٨.

(١٥٥) قارب : **الدكتور حمدي عبدالعظيم**، غسيل الأموال في مصر والعالم، المرجع المشـــار إليـــه سابقاً، ص ٢٤٩.

كما تعتبر لكسمبورج الآن من أهم المراكز المالية في العالم، لدرجة أن بنوكها أصبحت تضارع البنوك السويسرية في حجم الإيداعات لديها. وتجذب بنوك لكسمبورج غاسلي الأموال بالنظر إلى قوانين السرية المطلقة المطبقة فيها، إذ يعاقب القانون وبصرامة أي خرق أو إفشاء لسرية الحسابات(١٥٦). ومن المألوف في بنوك لكسمبورج أن يتم فتح الحسابات بأسماء زائفة *False names*، ولشركات وأفراد أجانب بأسماء مواطنين(١٥٧). كما أن الغالبية الساحقة من الحسابات المصرفية هي حسابات رقمية(١٥٨). وعلاوة على ذلك، فلقد نجحت البنوك في لكسمبورج في تطبيق قاعدة سرية الحسابات المصرفية لاتباعها ما يعرف بسياسة الاحتفاظ بالمراسلات *"Hold mail"*

---

(١٥٦) راجع :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٤٤ وما بعدها ؛

Brian R. Allen, The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg and the Bank of Credit & Commerce International: The Best Kept Secret in Europe, Volume 28 Texas International Law Journal pp. 73 – 117 (Winter 1993).

وبصفة خاصة في ص ٨٩ ، وما بعدها .

(١٥٧) :

Brian R. Allen , The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg..........

المقالة السابقة ص ٩٠ .

(١٥٨) المقالة السابقة ، ص ٩٠ .

والتي بمقتضاها يتم احتفاظ البنك بأي كشوف حسابات أو مراسلات متعلقة بالعمليات المصرفية للعميل إلى أن يقوم هذا الأخير باستلامها من البنك بنفسه(١٥٩). أضف إلى ذلك، أن هناك قيوداً كثيرة على تبادل المعلومات في إطار ذات البنك أي بين المركز الرئيسي للبنك وبين فروعه وبالذات تلك الفروع التي توجد في دول أجنبية، بحيث لا يجوز للمركز الرئيسي للبنك الاطلاع على حسابات العملاء أو معرفة مراكزهم المالية في الفروع المختلفة(١٦٠). كما لا تقدم لكسمبورج المساعدة للدول الأخرى في مجال الإجراءات الجنائية في الجرائم المتعلقة بالحسابات المصرفية. ومع ذلك، فلو تورط عميل أحد البنوك في لكسمبورج في جريمةٍ ما، وكانت هذه الجريمة قيد التحقيق، فلا يلتزم هذا البنك بتقديم أي معلومات عن هذا العميل أو عن عملياته المصرفية إلى جهات التحقيق إلا إذا كان ذات سلوك العميل يعتبر جريمة أيضاً في لكسمبورج(١٦١). أما في المسائل والمنازعات المدنية المتعلقة بخرق القوانين المدنية والتجارية في لكسمبورج، فلا يلتزم البنك بتقديم أي معلومات إلى الجهات المختصة أو إلى القضاء حتى في حالات طلب الحجز على حسابات العميل مثلاً. كما أصدرت لكسمبورج قانوناً حديثاً يحظر على البنوك الكشف عن أي معلومات إلى أية جهة محلية كانت أم أجنبية فيما يتعلق بالمسائل الضريبية للعملاء(١٦٢).

---

(١٥٩) المقالة السابقة، ص ٩٠ .

(١٦٠) المقالة السابقة، ص ص ٩٠ – ٩١ .

(١٦١) المقالة السابقة، ص ٩١ .

(١٦٢) المقالة السابقة، ص ص ٩١ – ٩٢ .

والحقيقــة إن تطبيق الســرية المطلقة في المعاملات المصرفيــة في لكســمبورج، مع بساطة وسهولة تأسيــس الشركات وعـــدم وجــود رقابة عليها، شجع القائمين على بنك الاعتماد والتجـــارة الدولـــي *BCCI* على استخدام فروعه المختلفة لغسل الأموال وتمويل العمليات المشـــبوهة مثل تجارة المخدرات وصفقات الأسلحة وغيرها، حتى اكتشــفت فضــائح هذا البنك في فروعه الكبيرة في لندن في عـــام ١٩٩٠ ، وكذلــك فـــي الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انهياره تماماً وإغلاق جميع فروعه فـــي أماكن مختلفة من العالم، وكذلك إغلاق مركزه الرئيسي في لكســـمبورج والدخول في إجراءات تصفية هذا البنك[١٦٣].

كما تعتبر "جزر كايمن" أحد المعاقل الهامة لغسيل الأموال، حيث تطبق مبدأ الســرية المطلقة للحسابات المصرفية بدون أي اســـتثناء, إذ يقوم اقتصاد هذه الجزر على المعاملات البنكيـــة المشـــبوهة. ويكفـــي للتدليل على ذلك، أنه حتى عام ١٩٦٤ لم يكن في هـــذه الجـــزر ســـوى بنكين، بينما ارتفع هذا العدد في عام ١٩٨١ إلى ثلاثمائـــة وســـتة بنـــك

---

(١٦٣) المقالة السابقة ، ص ٧٧ ، وما بعدها . راجع كذلك :

Daniel M. Laifer, Putting the Super Back in the Supervision of international Bank, Post- BCCI, Volume 60 Fordham Law Review pp. S 467 – S 500 (May, 1992).

وأيضاً ،

Thomas F. Mcinerney, Towards the Next Phase in International Banking Regulation, Volume 7 De Paul Business Law Journal pp. 143 – 171 (Fall – Winter 1994).

وفروع لبنوك أجنبية، بالإضافة إلى أكثر من ثمانية آلاف شركة أخرى، أغلبيتها مؤسسات مالية غير مصرفية(١٦٤).

وعليه، فلقد استفاد غاسلو الأموال من تطبيق بعض الدول لمبدأ السرية المطلقة للحسابات المصرفية بصرامة، كما في لكسمبورج ولبنان وجزر كايمن، للقيام بعملياتهم المشبوهة. ولعل هذا هو ما دعا سويسرا، حفاظاً على سمعة بنوكها، إلى التخفيف من تطبيق مبدأ السرية المصرفية بشكل مطلق، وبحيث بدأ ينحسر هذا المبدأ فيها أمام غسيل الأموال في بعض الحالات(١٦٥). فلقد بدأت سويسرا في تقديم تعاونها دولياً لتدعيم موقف الحكومات الأجنبية ومساعدتها على ملاحقة بعض جرائم غسيل الأموال، وبالذات تلك التي تتخذ طابعاً سياسياً(١٦٦). ففي الخامس عشر من أكتوبر عام ١٩٩٧، قامت الحكومة السويسرية بالإيعاز إلى بنوكها لتجميد حسابات رئيسة وزراء باكستان السابقة "بنزير بوتو" وعائلتها بناءً على طلب حكومة الباكستان. وتبين أن هناك سبعة حسابات لهم في بنوك سويسرية مختلفة بمبالغ تزيد عن ثمانين مليون دولار؛ وعلى الفور تم

---

(١٦٤) انظر :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٤٤ .

(١٦٥) راجع :

Bruce Zagaris , A Brave New World : Recent Development in Anti – Money Laundering ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٠٩٦ .

(١٦٦) المقالة السابقة ، ص ١٠٩٦ .

تجميد أحد هذه الحسابات وكان فيه مبلغ قدره ١٥,٦ مليون دولار أمريكي(١٦٧). كذلك، وفي سابقة قضائية هامة، حكمت المحكمة العليا السويسرية في العاشر من ديسمبر عام ١٩٩٧ بإعادة مائة مليون دولار من أصل خمسمائة مليون دولار في حسابات الرئيس السابق ماركوس المجمدة في البنوك السويسرية إلى حكومة الفلبين(١٦٨). ولا شك أن هذا الاتجاه يكشف عن روح جديدة في البنوك السويسرية لإبراز تعاونها في حالات غسيل الأموال - في بعض الأحوال - وذلك حفاظاً على سمعتها المالية كبنوك كبرى، وإن كانت قاعدة سرية الحسابات المصرفية مازالت مطبقة في البنوك السويسرية بصرامة شديدة(١٦٩).

ثالثاً - الحد من مبدأ السرية المصرفية (القانون الأمريكي):

قام الكونجرس الأمريكي بسَن قانون سرية البنوك *Bank Secrecy Act (BSA)* لعام ١٩٧٠، وذلك بهدف ردع غاسلي الأموال من القيام باستغلال البنوك كقنوات لتنظيف الأموال. ووفقاً لهذا القانون يتعين على البنوك الأمريكية الاحتفاظ بتقارير وسجلات عن أنشطة معينة مع الخضوع لعقوبات مدنية وجنائية في حالات المخالفة، كما ألزم القانون البنوك

---

(١٦٧) المقالة السابقة ، ص ص ١٠٩٦ – ١٠٩٧ .

(١٦٨) المقالة السابقة ، ص ص ١٠٩٨ – ١٠٩٩ .

(١٦٩) راجع :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls ... ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٢٤٢ – ٢٤٣ .

بإرسال تقارير معينة إلى بعض الجهات المالية كمصلحة الضرائب الأمريكية *Internal Revenue Service* ، وكذلك إلزامها بالإمساك ببعض الدفاتر والسجلات التي تفيد التحقيقات الجنائية في المخالفات الضريبية والإبلاغ عن المصادر غير المشروعة للأموال(١٧٠).

ولعل أهم بنود قانون سرية البنوك هو تطلب قيام البنوك بالتقرير عن العمليات النقدية *Currency Transaction Report* إلى مصلحة الضرائب، وبحيث يتوجب على الشخص أو من ينوب عنه أن

---

(١٧٠) راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٥٦ وما بعدها ؛

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem......

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٥٢ وما بعدها. ومع ذلك، فلقد اتخذت بعض محاكم الولايات المتحدة (مثل ولاية نيويورك) موقفاً واضحاً من ضرورة حماية السرية المصرفية والحياة الخاصة لعملاء البنوك، وأن السر المصرفي لا يمكن للبنوك أن تقوم بإفشائه إلا في حالات محدودة منها صدور أمر من المحكمة بذلك : راجع :

Young v. Chemical Bank, N.Y.L.J. August 7,1992 at 23 (Supreme Ct, N.Y. County).

كما هو مذكور ومشار إليه في :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ....

المقالة المشار إليها ، ص ٤٦٣ .

يملأ لدى البنك نموذجـاً خاصةً عندما يقدم في يوم واحد بعملية أو أكـثر تكون قيمتها عشـرة آلاف دولار أمريكي أو أكثر(١٧١).

كما أوجب القانـون على كل شخص ينقل أوراقاً نقدية أو غيرها من الأوراق التجارية التي تبلغ قيمتها عشرة آلاف دولار أو أكثر مـن أو إلى الولايات المتحدة أن يقوم بالإعـلان عن ذلك في نموذج معين يقـدم إلى السـلطات المختصة. ولكن يلاحـظ أن هذا الالتزام ينطبق فقط على النقـل المادي للنقود ولا ينطبق على التحويل الإلكتروني لـها. كمـا أن مخالفة هذا الالتزام يعرض الشخص لمصادرة المبلغ المنقـول(١٧٢).

---

(١٧١) ومن الجدير بالذكر أن عملية القيام بإعداد التقرير عن النقد إذا زاد المبلغ عن عشـرة آلاف دولار مكلفة للغاية، فمثلاً في سنة ١٩٨٩ وحدها بلغت تكلفـة إعـداد هـذه التقـارير (مصروفات الإدارية وغيرها) حوالي ١٢٩ مليون دولار وبلغ عدد التقارير التي تم إعدادها في ذلك العام ٣,٧ مليون تقرير . وفي عام ١٩٩٠ بلغ عدد التقارير التي تم إعدادها في السـتة أشهر الأولى من ذلك العام ٤,٢ مليون تقرير . كما انتقد البعض هذا التقرير إذ فيه اعتـداء على حق الخصوصية المالية للأفراد ، راجع :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking … … … .

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٦١ ، وما بعدها . ويزيد الأمر تعقيداً أن عملية إعداد هـذا التقرير والانتهاء منه تستغرق من البنك حوالي عشرين دقيقة، ويرى البعـض أن في ذلـك إضاعة للوقت الثمين الذي تحرص عليه البنوك وخاصةً أن عدد التقارير بلغ حتى عـام ١٩٩٤ أكثر من ثلاثين مليون تقرير ، راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations …….

المقالة السابق الإشارة إليها ، ص ٤٥٧ .

(١٧٢) ويلاحظ أن الالتزام بكتابة التقرير لا تسري على التحويلات البرقية . أنظر : =

ولم يكن لقانون سرية البنوك ذلك الأثر المنشود لقمـــع عمليـــات غسيل الأموال، وظهر ذلك في الفترة ما بين أعـــوام ١٩٧٠ إلـــى عـــام ١٩٨٠ . ذلك أن البنوك - في تلك الفترة - كانت نادراً ما تلتزم بتقديـــــم التقارير التي أوجبها القانون، كما كان من العسير على الجهات الرقابيـــة حصر ورصد هذه المخالفات. فاستمرئ غاسلو الأموال استخدام البنـــوك كقنوات لتطهير عملياتهم المشبوهة(١٧٣).

وفي نفس الوقت، لمّا كانت بعض البنوك كـــانت قـد الـتزمت بنصوص قانون سرية البنوك لعام ١٩٧٠ ، فإن غاسلي الأمـــوال بـــدأوا يغيرون من وسائلهم واستراتيجيتهم في تنظيـــف الأمـــوال. ومـــن تلـــك الوســـائل الجديدة تقسيم الودائع أو العمليات الكبيرة إلى ودائع وعمليـــات أصغر قيمة وبحيث تقل قيمة كل إيداع أو عملية عن مبلغ عشـــرة آلاف دولار وذلك للإفلات من الالتزام بالإقرار. ولقد ظهرت هـــذه المشـــكلة

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the = Problem……

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٥٢ وما بعدها. وفي إطار العمل المصرفي في **دولة الكويـــت**، يوجد حكم مشابه، إذ بموجب التعليمات رقم (٢/رب/٥٠/٩٧) الصادرة في عـــام ١٩٩٧ من بنك الكويت المركزي إلى كافة البنوك المحلية فإنه "يتعين موافاة بنك الكويت المركـــزي بكافة المشتريات النقدية من كافة العملات (بما فيها الدينار الكويتي) وكافة الإيداعات النقدية من مختلف العملات (باستثناء الدينار الكويتي)، والتي تساوي أو تزيد عن ما يعادل ١٠ آلاف دينار كويتي ………" .

(١٧٣) :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem……

المقالة السابقة ، ص ١٥٥ .

بوضوح في عام ١٩٨٢ في ولاية كاليفورنيا بمناسبة قضية "الجدة" *Grandmother* ، حيث كانت سيدة عجوز تقود مجموعة من السيدات في منتصف العمر للقيام بعمليات إيداع صغيرة تقل كل واحدة منها عن عشرة آلاف دولار في كل مرة في بنوك ولاية كاليفورنيا. وبلغ مجموع هذه الودائع حوالي ٢٥ مليون دولار وكان مصدرها تجارة المخدرات في ولاية فلوريدا[١٧٤].

كما أن طائفة من غاسلي الأموال كانت تقوم بعمليات الغسيل من خلال بعض المؤسسات المالية الأخرى مثل الملاهي الليلية الكبيرة لاستبدال العملات إلى أوراق ذات فئة المائة دولار لسهولة تهريبها خارج البلاد. كذلك من الأساليب التي استخدمها تجار المخدرات في تلك الفترة القيام بإيداع أموالهم في البنوك الأمريكية ثم استخدامها لتمويل خطابات اعتماد لعمليات وهمية لاستيراد بعض المنتجات والسلع الاستهلاكية إلى الولايات المتحدة من كولومبيا مثلاً، وكان الشخص يحتاج فقط إلى إبراز سند شحن زائف في البنك المتفق عليه في كولومبيا حتى يحصل على الأموال *Proceeds* [١٧٥].

وتفاقم الوضع في أوائل الثمانينات لما ظهر من عدم التزام البنوك بنظام الإقرار المفروض بموجب قانون سرية البنوك، ومن ذلك قضية بنك بوسطن، حيث أظهرت التحقيقات التي تمت عدم التزام ذلك البنك بالقانون، وتغريمه بالتالي مبلغ نصف مليون دولار بسبب

---

(١٧٤) المقالة السابقة ، ص ١٥٥ وما بعدها .

(١٧٥) المقالة السابقة ، ص ١٥٦ .

إخفاقه في الانصياع مع القانون بملأ إقرار العملة بعمليات بلغت ما يقرب من ١,٢ مليار دولار. كما اعترف أربعون بنك آخرون - قبل إجراء التحقيق معهم - بوجود مخالفات وعدم انتظام دفاترهم(١٧٦).

ونظراً لعدم فاعلية قانون سرية البنوك لعام ١٩٧٠ بسبب ضعف الجزاءات المفروضة في حالات المخالفات وكذلك صعوبة تحريك الدعوى الجنائية لمجرد الإخفاق في ملأ الإقرار النقدي، فقد قام الكونجرس بسن تشريع آخر هو قانون السيطرة على غسيل الأموال *Money Laundering Control Act* لعام ١٩٨٦ . ولقد حرص المشرع في هذا القانون على تجريم عمليات غسيل الأموال، كما قرر جزاءات مدنية وجنائية وخاصةً مصادرة الأرصدة والأموال المشبوهة. كما تقرر تجريم عمليات غسيل الأموال المتضمنة عمليات تمويلية بالغرامة التي تصل إلى مبلغ ٥٠٠,٠٠٠ مليون دولار أو بضعف المبلغ المصادر أيهما أكبر قيمة والحبس لمدة قد تصل إلى عشرين عاماً. وتنطبق نفس العقوبات على عمليات غسيل الأموال والمتعلقة بنقل الأدوات والأوراق المالية خارج الولايات المتحدة الأمريكية(١٧٧).

ولكن يتعين لإنزال العقاب على هذه الجرائم إثبات أن الأموال متحصلة من مصدر غير مشروع. ولقد نص القانون على ما يربو على مائة من النشاطات غير المشروعة: كجرائم المخدرات - الغش - الجاسوسية - جرائم البيئة - ...... الخ. ولإثبات المصدر غير المشروع

(١٧٦) المقالة السابقة ، ص ١٥٨ .

(١٧٧) المقالة السابقة ، ص ١٦٠ ، وما بعدها

للمال، لا يكفي أن تقوم الحكومة بإثبات أن القائم بالنشاط ليس له دخل من مصدر مشروع، ولكن يتعين إضافة إلى ذلك التدليل على وجـــود أدلـــة بتورط الشخص في عمليات غير مشروعة مثل تهريب المخدرات وقيامه بعمل تحويل برقي إلى جزر هايتي أو جزر كايمن أيلند مثلاً. كما يتعيـــن إثبات علم الشخص بالمصدر غير المشروع للمال. ويستخلص هذا العلـــم من ملابسات وظروف الحال. كما يتسع مفهوم العملية المالية ليشـــمل أي عملية ترتبت على متحصلات غير مشروعة مثل (إرسال الأموال بريديـــاً - أو تحرير شيكات مسحوبة على البنوك - وضع الأموال في الخزائـــن الحديدية لدى البنوك - .... الخ)(١٧٨).

وفي الثامن والعشرين من سبتمبر عـــام ١٩٩٨ ، وضـــع بنـــك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي *Federal Reserve Bank* نظاماً يتطلـــب، ولأول مرة، أن تقوم البنوك الأمريكية بتطوير برامـــج محـــددة وآليـــات خاصة بها للتعرف على العملاء فيما يعرف بمبدأ "**اعـــرف عميلـــك**" أو *Know your customer* (١٧٩).ويســـتهدف هذا النظام حماية سمعة البنـــوك الأمريكية وتسهيل تطبيق القوانين الخاصة بالرقابة البنكية وقانون ســـرية

---

(١٧٨) المقالة السابقة ، ص ١٦١ .

(١٧٩) :

Bruce Zagaris, A Brave New World: Recent Developments in Anti – Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law pp. 1023 – 1116 (1999).

وبصفة خاصة في ص ١٠٧٣ .

الحسابات المصرفية ومنع استخدام البنوك كقنوات لغسيل الأمــوال(١٨٠). ولقــد قرر بنك الاحتياطي الفيدرالي، اعترافــاً منه بحق كل بنــك فــي تقرير السياســة التي يعالج بها الأمور في علاقته بعملائه، أن يترك لكل بنك الحرية في تطوير نظامه الداخلي للتعرف على العمــلاء، طالمــا أن هذا لا يخل بالهدف الرئيسي من تطبيق سياسة اعرف عميلــك، ولكــن بشرط أن تتوافر في البرامج بعض المعايير والمعلومــات التــي تمثــل الحدود الدنيــا لأي برنامج يضعه أي بنك من البنــوك الأمريكيــة(١٨١). **وأهم هذه المعايير:** [١] تحديد الهوية الحقيقية للعميــل. [٢] تحديــد مصدر أموال العميل أو مصادر تمويل عملياته المصرفية. [٣] تحديــد العمليات المصرفية المألوفة التي يقوم بها العميــل مــع البنــك بصفــة اعتيادية. [٤] مراقبة النشــاط المصرفي للعميل للتأكد ممــا إذا كــانت العمليات المصرفية التي يقوم بها تدخل في النطاق المــألوف والمتوقــع للنشــاط العــام لهذا العميــل في إطار مهنته أو حرفته التجارية مثــلاً. [٥] تحديد وتعيين العمليات المصرفية للعميل والتي يظــهر أنــها غــير متوافقــة مع نشاطه العادي المألوف أو المتوقــع. [٦] التــأكد بقــدر الإمكان عما إذا كانت العملية المصرفية التي يقوم بها العميل تحيط بــها الشبهات وفقاً للسياسة التي يضعها البنك.

---

(١٨٠) المقالة السابقة، ص ١٠٧٣ .

(١٨١) المقالة السابقة، ص ص ١٠٧٣ – ١٠٧٤ .

ويوجب النظام الذي وضعه بنك الاحتياطي الفيدرالي على كل بنك أن يقدم برنامجاً مكتوباً بسياسته في إطار مبدأ "اعرف عميلك"، وأن يثبت انه يقوم بتنفيذ هذا البرنامج بدقة(١٨٢).

ولقد ثار التساؤل عما إذا كانت هناك شروط معينة تتعلق بحجم أو نوع العملية المصرفية التي يتعين على البنك أن يطبق عليها سياسة "اعرف عميلك" ؟ ولقد قرر بنك الاحتياطي الفيدرالي أن هذه السياسة يتعين على كل بنك أن يقوم بتطبيقها بغض النظر عن حجم العملية المصرفية، وبصرف النظر عن شكلها أو تكوينها من الناحيتين المصرفية والقانونية. وعليه، يجب على البنك تطبيق سياسة اعرف عميلك في كل العمليات المصرفية من فتح حسابات أو قبول ودائع أو القيام بتحويل أو قبول أو سحب أوراق تجارية، أو فتح خزائن حديدية أو منح تسهيلات أو الحصول على قروض إلى غير ذلك من عمليات مصرفية أخرى(١٨٣). كما تقضي قاعدة "اعرف عميلك" أن يحتفظ كل بنك بكل الوثائق المثبتة لهوية العميل ولعملياته المصرفية، وبحيث تكون هذه الوثائق متاحة لبنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي في غضون ٤٨ ساعة في حالة ما إذا طلبها من أحد البنوك العاملة تحت إشرافه(١٨٤).

ولقد أبدت بعض البنوك الأمريكية مخاوفها من أن التطبيق الصارم لقاعدة "اعرف عميلك" قد يؤدي إلى الحد من قدرتها التنافسية في

---

(١٨٢) المقالة السابقة ، ص ١٠٧٤ .

(١٨٣) المقالة السابقة ، ص ١٠٧٦ .

(١٨٤) المقالة السابقة ، ص ١٠٧٨ ، وما بعدها .

القيام بالعمليات المصرفية على المستوى الدولي في فروعها الأجنبية المنتشرة في كافة أرجاء العالم، لأن ذلك قد يصطدم مع متطلبات السوية التي ينشدها العملاء في المعاملات الدولية[١٨٥]. ومع ذلك، فإن بنك الاحتياطي الفيدرالي، صمم على تطبيق قاعدة "اعرف عميلك" حتى في معاملات البنوك الدولية، حرصاً على سمعة البنوك الأمريكية ودرءاً للمعاملات المشبوهة[١٨٦].

رابعاً - السرية المصرفية وغسيل الأموال في القانون المصري:

ترتبط عمليات غسيل الأموال في مصر بتجارة المخدرات وبالفساد السياسي المقترن باستغلال النفوذ وبتحصيل العمولات في العقود الدولية وخاصةً عقود توريد الأسلحة وعمليات الاستيلاء غير المشروع على المال العام. والأموال المتحصلة من تلك العمليات وغيرها يتم تهريبها إلى خارج مصر في بنوك أجنبية. ولقد قدرت الدراسات حجم عمليات غسيل الأموال في مصر بحوالي ٩,٨ مليار جنيه في عام ١٩٩٤. كما أن حجم عمليات غسيل الأموال يمثل ٣٠% من حجم الاقتصاد الخفي[١٨٧]. ومع ذلك، فلا نعتقد أن الصورة في مصر قائمة إلى هذه الدرجة. ففي إحصائيات حديثة، سجلت مصر معدلاً منخفضاً من حيث جاذبيتها لغاسلي الأموال بالمقارنة بدول أخرى. فلقد سجلت مصر،

---

(١٨٥) المقالة السابقة، ص ١٠٨١، وما بعدها.

(١٨٦) المقالة السابقة، ص ١٠٨٢، وما بعدها.

(١٨٧) راجع: **الدكتور حمدي عبدالعظيم**، غسيل الأموال في العالم، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ١١٢ – ١١٣.

وفقاً لهذه الإحصائيات عشر نقاط فقط، بينما سجلت لكسمبورج أعلى معدل وبعدد ٦٨٦ نقطة، وتليها الولايات المتحدة الأمريكية بمعدل ٦٣٤ نقطة وسويسرا بعدد ٦١٧ نقطة. كما يوجد معدلات مرتفعة في بعض الدول العربية، فلقد سجلت لبنان ٤٩ نقطة، الكويت خمسون نقطة، السعودية خمسون نقطة. أما إسرائيل فلقد سجلت بين مائة ومائة وتسعة وأربعون نقطة(١٨٨).

ولقد صدر في مصر القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بشأن سرية الحسابات المصرفية. ولقد أضفى القانون السرية صراحة على جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم في البنوك وكذلك على المعاملات المتعلقة بها، ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم أو النائب أو الوكيل أو بناءً على حكم قضائي أو حكم محكمين. ويسرى حظر إفشاء السرية في مواجهة جميع الأشخاص والجهات بما فيها تلك الجهات التي يخولها القانون سلطة الاطلاع أو الحصول على الأوراق أو البيانات المحظور

---

(١٨٨) راجع الإحصائيات المنشورة في مقالة :

John Walker, How Big is Global Money Laundering? Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 25 – 37 (Summer, 1999).

وبصفة خاصة في ص ٣٠ .

إفشاء سريتها طبقاً للقانون، ويظل حظر إفشاء السرية قائماً حتـــى بعـد انتهاء العلاقة بين البنك والعميل لأيٍ من الأسباب[١٨٩].

كما أجازت المادة الثانية من القانون رقـــم ٢٠٥ لسـنة ١٩٩٠ للبنوك أن تفتح حسابات بالنقد الأجنبي أو ربط ودائع فيها أو قبول ودائـع مرقمة، ولا يجوز أن يعرف أسماء أصحاب هذه الحسابات والودائع غـير المسئولين بالبنك والذين يصدر بتحديدهم قرار من مجلـــس الإدارة. ولا يجوز الكشـف عن شخصية صاحب الحساب أو الوديعـــة المرقمـة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصي لهم أو النائـــب القانـــوني أو الوكيـل أو بناءً على حكم قضائي أو حكم محكمين[١٩٠].

وتخول المادة الثالثة من قانون سرية الحسابات المصرفية النـائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الأول أن يطلب من تلقاء نفســه أو بناءً على طلب جهة رسمية أو أحد ذوي الشأن من محكمة اســتئناف القاهرة الأمر بالاطلاع على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحســابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جناية أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها. ونعتقد أن الاســتثناءات التــي أوردها المشرع في المادة الثالثة للكشف عن سرية الحسابات هي فقط من اجل أغراض كشف الحقيقة في جناية أو جنحة ارتكبت وقــامت دلائـل جدية على وقوعها، أو للتقرير بما في الذمة بمناسبة حجز موقـــع لـدى البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون. كما أنها تسري فيما يخص الرقابـــة

---

(١٨٩) المادة الأولى من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ .

(١٩٠) في شرح هذا المعنى ، راجع : **الدكتورة سميحة القليوبي** ، الأسس القانونية لعمليات البنـوك ، المشار إليه سابقاً ، ص ٢٤٣ وما بعدها .

أو المحاسبة لجهات الرقابة والإشراف على البنوك. ولا علاقة لكل هـــذه الاستثناءات بمكافحة عمليات غسيل الأموال.

وتقضي المادة الرابعة من قانون سرية الحسابات المصرفية بـان يضع البنك المركزي المصري القواعد المنظمة لتبادل البنوك معه وفيمـا بينها المعلومات والبيانات المتعلقة بمديونية عملائهم والتسهيلات الائتمانية المقررة لهم بما يكفل سريتها ويضمن توافر البيانات لسلامة منح الائتمان المصرفي. كما يسري هذا الحظر على كل من يطلع على هذه المعلومات أو البيانات بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريقـــة مباشــرة أو غــير مباشرة[١٩١].

ومع ذلك تستثنى المادة السادســة من القانون بعض الأمور مــن الإخلال بالالتزام بالسرية. فلا يعتبر إخلالاً بمبدأ السرية الواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك وبالاختصاصات الممنوحة قانونـــاً لكل من البنك المركزي المصري أو وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية، والتزام البنك بإصدار شهادات بأسباب صرف الشيك بناءً علــــى طلــب صاحب الحق في ذلك. كما لا يخل مبدأ السرية بالكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه في نزاع قضـــائي نشأ بين البنك وعميله بشـــأن هذه المعاملات.

ويلاحظ أن السرية المصرفية التي قررهـــا القـــانون المصـــري واسعة النطاق. فمن حيث الأشخاص، تسري السرية على كل من العملاء المصريين والعملاء الأجانب سواء بسواء. ومن حيث الأموال، تســـري

---

(١٩١) راجع كذلك : **الدكتورة سميحة القليوبي** ، المرجع السابق ، ص ٢٥٢ .

السرية بالنسبة لجميع الأموال بغض النظر عما إذا كانت متحصلة من مصدر مشروع أو من مصدر غير مشروع. ومن حيث الزمن، تسري سرية الحسابات حتى بعد انقضاء العلاقة بين العميل والبنك. ولا شك أن اتساع نطاق السرية على هذا النحو - وفي ظل غياب قانون خاص لغسيل الأموال - من شأنه التشجيع على استعمال البنوك كقنوات لغسيل الأموال.

ولقد شكل اتحاد بنوك مصر لجنة لدراسة مشكلة غسيل الأموال، ولقد أصدرت هذه اللجنة عدة توصيات، نوردها فيما يلي:

١- " عدم الاحتفاظ بأية حسابات لشخصيات مجهولة الهوية أو الحسابات بأسماء وهمية.

٢- اتخاذ الإجراءات المناسبة للحصول على المعلومات الخاصة بالعميل الذي يفتح له الحساب لدى البنك أو يتم تنفيذ عملية لحسابه.

٣- حفظ السجلات الخاصة بالعملاء والعمليات التي تتم على المستوى المحلي أو الدولي لتكون حاضرة وجاهزة ومتواجدة إذا ما طلبتها السلطات المختصة لمدة كافية وفقاً للقانون.

٤- متابعة سلوكيات العمليات المصرفية المثيرة للشكوك لتتخذ إدارة البنك قراراً بشأنها.

٥- تدريب وتنمية قدرات الموظفين بالبنوك المختلفة على طريقة التعرف على الصفقات المشكوك فيها والإجراءات والسياسات

الخاصة لمجابهتها، وكذلك الإجراءات القانونية الخاصة بعمليات غسيل الأموال.

٦- يقوم اتحاد بنوك مصر من خلال اللجنة المشكلة به لدراسة غسيل الأموال بإعداد برنامج تدريبي للعاملين بالبنوك.

٧- تطبيق إجراءات مجابهة غسيل الأموال على المنتجات المختلفة من نقود بلاستيكية وعمليات إعداد الإقراض وذلك من خلال التحري والحصول على البيانات اللازمة عن العميل طالب الاقتراض بضمان ودائعه في بلد أجنبي.

٨- تطبيق القوانين الحالية والتي تعتبر كافية لمواجهة عمليات غسيل الأموال، وذلك إعمالاً لنص المادة ٤٤/أ مكرر من قانون العقوبات.

٩- ضرورة استخدام الصلاحيات الموجودة في قانون سرية الحسابات رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ للحصول على إذن النيابة العامة لتعقب حالات غسيل الأموال مع التأكيد على عدم وجود تعارض بين هذا القانون وإجراءات مكافحة غسيل الأموال(١٩٢).



(١٩٢) في عرض هذه التوصيات ، **الدكتور حمدي عبدالعظيم** ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٦٤ وما بعدها .

خاتمـــة

في إطار الموازنة بين مبدأ السرية المصرفية وبيـــن اعتبـــارات الحذر المصرفي التي تتطلب الحيطة والشفافية في معاملات البنوك، فـإن البنوك يتعين عليها أن تستبعد فتح الحسابات غير الاسمية وأن ترفـــض فتح الحسابات التي يبدو بوضوح أنها بأسماء وهمية، وهذا فضـــلاً عـــن التحقق بشكل خاص من هوية العملاء في الصفقات الكبيرة. وفـــي هـــذا الخصوص، فإن الحيطة تتطلب من البنوك إبلاغ السلطات المختصة عـن العمليات التي تتوافر فيها دلائل قوية للشك في مشروعيتها. وذلك استثناء على مبدأ السرية المصرفية. ومما يقضي به التشريع المصري النص في المادة الثالثة من القانون رقـــم ٢٠٥ لســـنة ١٩٩٠ والخـــاص بســـرية الحسابات المصرفية على أن "**يجوز للنائب العام أو لمـــن يخولـــه مـــن المحامين العامين الأول من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب مـــن جهـــة رسمية أو أحد ذوي الشأن أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة الأمـــر بالاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحســـابات أو الودائع أو الأمانات أو يتعلق الأمر بكشف الحقيقة في جناية أو جنحـــة قامت دلائل جدية على وقوعها**".

ويراعى أنه من اللازم أن يتدخل المشرع لحماية البنـــوك مـــن المسئولية عن الخروج على مبدأ السرية المصرفية فـــي حالـــة إبـــلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة أو تقديم معلومات عنها، وذلك طالما كان تصرف البنك بحسن نية.

ويتعين على البنوك أن تحرص على الفحص الدقيق للعمليات النمطية، وكذلك العمليات المالية المركبة، والتي يتراءى للبنوك عدم قيامها على غرض اقتصادي أو قانوني مشروع. كذلك فقد يبدو من المناسب أن تقوم البنوك بإخطار البنك المركزي عن العمليات المحلية والدولية التي تتجاوز حجماً معيناً. وذلك مع إحاطة المعلومات المتعلقة بهذه العمليات بإجراءات أمنية عالية المستوى. ويجب أن يتاح للبنوك نظام مركزية المخاطر، عن طريق أن تتبادل المعلومات حول العملاء الذين يجرون عمليات كبيرة وغير عادية حتى ولو لم يكن هؤلاء العملاء في القائمة السوداء *Black List* .

ويجب على البنوك، عندما تثور لديها الشبهة على غسيل الأموال، أن تمتنع عن إجراء العملية لصالح العميل إلا بعد إبلاغ السلطات المختصة، والتي يكون لها إعلام البنك بما إذا كان يمكن إجراء العملية من عدمه. ويبقى للبنوك مع ذلك القيام بتنفيذ العملية، ولو حامت حولها الشبهات، مع إبلاغ السلطات المختصة، وذلك إذا كان من شأن الامتناع عن التنفيذ إعاقة تعقب المشتبه في أمرهم.

وتفرض الحيطة أن تحتفظ البنوك لمدة ملائمة بكافة الأوراق والمستندات عن السجلات المدون فيها أسماء العملاء، والمبالغ المتعامل بها وأنواع العملات وغيرها من البيانات الأخرى العامة، وذلك من أجل تيسير حصول السلطات المحلية المختصة على ما يلزمها من معلومات لإجراء التحقيقات والقيام بالملاحقة الجنائية للمتورطين في العملية المشبوهة.

وعلى البنوك ومديريها وموظفيها الالتزام بعدم تبصير أو تحذيـو العملاء الذين يتم تقديم معلومات عنهم إلى السلطات المختصة. كما يجـب على البنوك عدم التصريح بمثل هذه المعلومات حتى للغير. وتلتزم البنوك التي تمارس نشاطها عن طريق فروع في الخارج (أي في دول أجنبيـــة) أن تتبنى نفس السياسة الخاصة بمقاومة ظاهرة غسيل الأموال. وتـــزداد أهمية هذا الالتزام بوجهٍ خاص إذا كانت الرقابة على البنوك في الـــدول التي يوجد فيها الفرع تتسم بالضعف.

ويجب أن تتبنى البنوك سياسات داخلية واضحة لمقاومة غســيل الأموال مثل الحرص على وجود نظام مركزي للمعلومات داخل كل بنك، وتدريب العاملين في البنوك على التعامل مع العملاء المشتبه في أمرهـم، وتقصّي حقيقة العمليات المشتبه فيها وخلق نظام للتقييم الذاتي للمراجعـــة السنوية عن فعالية النظام الداخلي للبنك للكشف عـــن عمليـــات غســيل الأموال.

وتقضي تعليمات البنوك المركزية في بعض الدول بحق البنك في أن يُضمِّن عقوده المصرفية مع العملاء القيام بتجنيب الأموال المحولـــة إلى حساب العميل حال قيام شبهة تضمنها عملية مـــن عمليـــات غســيل الأموال. وعلى البنوك أن تأخذ هذا الحكم بحذر، فلا ينبغـــي أن يصـــل التجنيب إلى تجميد هذه الأموال. إذ أن التجميد إجراء لا يكون إلا بنـــاءً على أمر من المحكمة أو من السلطات المختصة بحسب الأحوال. ولذلـــك يحسن بالبنوك ألا تسرف أو تغالي في إجراء التجنيـــب حتـــى لا تثـــور مسئوليتها في حالة عدم اكتشاف وجود أية شبهة حول أموال العميل.

المراجـــع

أولاً - باللغة العربية :

١- **الدكتور إدوارد عيد** ، العقود التجارية وعمليات المصارف (مطبعة النجوى - بيروت ١٩٦٨).

٢- **إلياس ناصيف** ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف (منشورات عويدات - بيروت - باريس ١٩٨٣).

٣- **الدكتور حسين النوري** ، سر المهنة المصرفية ، في القانون المصري والقانون المقارن (مكتبة عين شمس - القاهرة).

٤- **الدكتور حمدي عبدالعظيم** ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، (الطبعة الأولى - القاهرة ، ١٩٩٧).

٥- **الدكتور سليمان عبدالمنعم** ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة (دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ١٩٩٩).

٦- **الدكتورة سميحة القليوبي** ، الأسس القانونية لعمليات البنوك (مكتبة عين شمس - القاهرة ١٩٩٢).

٧- **الدكتور عبدالعظيم مرسي وزير** ، المركز القانوني لحائز المنقول المتحصل من جرائم الأموال – دراسة تحليليـــة تأصيليـــة (دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٨٧).

٨- **الدكتور علي جمال الدين عوض** ، عمليات البنوك من الوجهـــة القانونية ، (دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٨١).

٩- **الدكتور علـــى القهوجـــي** ، شرح قانون العقوبات – القسم العـلم (الكتاب الأول – النظرية العامة للجريمة ، ١٩٩٧).

١٠- **ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطنـــي** – حلقـــة نقاشية عقدتها كلية الحقوق – جامعة الكويت فـــي ١٠/٥/١٩٩٨، منشورة في مجلة الحقوق – تصدرها كليـــة الحقـــوق بجامعـــة الكويت ، العدد الثالث – السنة ٢٢ – ســـبتمبر ١٩٩٨ ، ص ص ٢٩١ – ٣٨٥ .

١١- **الدكتور ماجد عمار** ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأمـــوال (دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٥).

١٢- **الدكتور محمد زكي أبو عامر** ، قانون العقوبات – القسم العـــام (دار المطبوعات الجامعية – ١٩٨٦).

١٣- **الدكتور محمود عبدالفضيل** ، و**جيهان ديـــاب** ، أبعاد ومكونـــات الاقتصاد الخفي وحركة الأموال السوداء في الاقتصاد المصـــري (١٩٧٤ – ١٩٨٤) مجلة مصر المعاصرة – العدد ٤٠٠ أبريـــل (١٩٨٥).

١٤- **الدكتور مصطفى كمال طه** ، القانون التجاري (دار المطبوعـــات الجامعية – الإسكندرية ، ١٩٨٩).

ثانياً – باللغة الإنجليزية :

1- ***Berta Esperanza Hernandez,*** *Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory over Bank Secrecy, Volume 18 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation pp. 235-304 (Winter, 1993).*

2- ***Betty Santangelo & Marc E. Elovitz,*** *Money Laundering and Suspicious Activity Reporting: What's a Broker – Dealer To Do? Published in (Practising Law Institute - Corporate Law and Practice Course Handbook Series – (April 1998).*

3- ***Brian R. Allen,*** *The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg and the Bank of Credit & Commerce International: The Best Kept Secret in Europe, Volume 28 Texas International Law Journal pp. 73 – 117 (Winter 1993).*

4- ***Bruce Zagaris,*** *A Brave New World: Recent Development in Anti – Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law pp. 1023 – 1116 (1999).*

5- ***Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla,*** *Constructing an International Financial Enforcement Subregime: The Implementation of Anti – Money Laundering Policy, Volume 19 Brooklyn Journal of International Law, pp. 871-965 (1993).*

6- ***Cadmen, Joanne Greig**, Combating Money Laundering, Reviewing Paolo Bernasconi (ed.), Money Laundering and Banking Secrecy: XIV th International Congress of Comparative Law. Boston: Kluwer Law International, (1996), Volume 8 Criminal Law Forum pp. 485 – 492 (1997).*

7- ***Daniel M. Laifer**, Putting the Super Bank in the Supervision of international Bank, Post- BCCI, Volume 60 Fordham Law Review pp. S 467 – S 500 (May, 1992).*

8- ***Duncan E. Alford**, Anti – Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions, Volume 19 North Carolina Journal of International and Commercial Regulation, pp. 437 – 468 (Summer 1994)*

9- ***Ethan A. Nadelmann**, Unlaundering Dirty Money Abroad: U.S Foreign Policy and Financial Secrecy Jurisdictions, Volume 18 University of Miami Inter – American Law Review pp. 33 – 81 (Fall, 1986).*

10- ***Dr. Fath EL-Rahman Abdalla EL-Sheikh**, Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice – A Middle Eastern Perspective, Volume 14 Dickinson Journal of International Law pp. 577 – 593 (Spring 1996).*

11- ***Gorson Hutchins**, The Electronic Dimension to Money Laundering –The Investigator's Perspective, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 233 – 235 (Winter 2000).*

12- ***John Walker**, How Big is Global Money Laundering? Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 25 – 37 (Summer, 1999).*

13- ***Kimberly Anne Summe**, The Battle Against Money Laundering: An Examination Of U.S. Law, International*

Cooperative Efforts and Corporate Governance Issues, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 236 – 244 (Winter 2000).

14- ***Lee R. Sneddon**, The Future of Funds Transfers: The Impact of CHIPS/CHAPS/FEDWIRE and the Regulations on. Capital Adequacy and Money Laundering, pp. 9 - 24 (published in Funds Transfer in International Banking, editor Charles del Busto 1992).*

15- ***Michael Blair**, Money Laundering Control in the Financial Regulation Context, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 102– 103 (Autumn, 1999).*

16- ***Michael Levi**, New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 223-232 (Winter 2000)*

17- ***Pedro R. David**, Mercosur: "Organized Crime, Money Laundering and Harmonisation of Legislation" Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 63-65 (Summer 1999)..*

18- ***Peter Johnstone & Mark Jones**, The Facilitation of Money Laundering Through Western Europe and the United States by Russian Organised Crime Groups, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 119 – 203 (Winter 2000).*

19- ***R. E. Bell**, Prosecuting the Money Launderers: Who Act for Organised Crime, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 104-112 (Autumn 1999).*

20- ***Ricardo M. Alba***, *Fraud Control in Offshore Banking Centers, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 245 – 249 (Winter 2000).*

21- ***Robert Grosse***, *Mexico: The Black Market in Foreign Exchange and its Relationship with Narcotics Money Laundering, Volume 3 No. Journal of Money Laundering Control, pp. 67 – 80 (Summer 1999).*

22- ***Scott Sultzer***, *Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat It, Volume 63 Tennessee Law Review, pp. 143 – 237 (1995).*

23- ***Tan Sin Liang***, *Singapore New Money Laundering Law under the Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 260-265 (Winter 2000).*

24- ***Thomas F. Mcinerney***, *Towards the Next Phase in International Banking Regulation, Volume 7 De Paul Business Law Journal pp. 143 – 171 (Fall – Winter 1994).*

25- ***William F. Bruton***, *Money Laundering: Is It Now A Corporate Problem? Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 9–10 (Summer, 1999).*

26- ***William H. Lawrence***, *Commercial Paper and Payment Systems, Volume 2 (Butterworth Legal Publishing 1990).*

فهـــــرس





الفتح
للطباعة والنشر
خلف ٤٤ ش سوتير أمام كلية حقوق الاسكندرية
ت : ٤٨٤٠٦٦٤



REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

